المسؤولية المدنية للطبيب الناجمة عن التلقيح الصناعي

دراسة مقارنة

إعداد

إسماعيل سليمان إسماعيل الخريسات

إشراف

الأستاذ الدكتور غازي خالد أبوعرابي

قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في

القانون

كلية الدراسات العليا

الجامعة الأردنية

آذار ، ٢٠١١

ب

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة (**المسؤولية المدنية للطبيب الناجمة عن التلقيح الـصناعي : دراسة مقارنة**) وأجيزت بتاريخ ١٦ / ٣ /٢٠١١.

أعضاء لجنة المناقشـــــــــة	التوقيـــــع
الدكتور غازي خالد ابوعرابي ، مشرفا ورئيسا أستاذ – القانون المدني	....
الدكتور احمد إبراهيم الحياري ، عضواً أستاذ مساعد – القانون المدني	....
الدكتور كميل موسى افرام ، عضواً أستاذ مشارك – النسائية والتوليد	....
الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي ، عضواً أستاذ– القانون المدني (جامعة الإسراء)	....

تعتمد كلية الدراسات العليا
هذه النسخة من الرسالـــة
التوقيع.......التاريخ..٣٠/١٢/٢٠١١



إلى من كانا سبباً في وجودي , وربياني على الخير والفضيلة , ووفقني الله بدعائهما , وأنارا لي الطريق , والذي هم اشدُ فرحاً مني بهذه اللحظات

والدي ووالدتي أطال الله في عمرهما

إلى من هم أوسمةً على صدري اعتز بهم ما حييت

إخواني وأخواتي

إلى قرة العين والفؤاد التي تقاسمني التعب والعناء وكانت لي عوناً وسنداً ورفيقة دربي

زوجتي العزيزة

إلى النجوم التي تزيّن لي حياتي ويجري دماؤهم في عروقي

أبنائي عبدالرحمن وبتول

إلى منتسبي جهاز الأمن العام العين الساهرة

زملائي الأعزاء

إلى كل الأزواج الذين حُرموا من أن يكونوا أبوين



بعد أن من الله علي وأعانني على إعداد هذه الدراسة أجد لزاماً علي أن أتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى كل من له حق علي , فأعانني أو قصد عوني , فالشكر الجزيل موصول إلى أستاذي المشرف الدكتور غازي خالد أبو عرابي عميد كلية الحقوق, الذي تفضل مشكوراً بالإشراف على هذه الرسالة ومنحني نصحه وتوجيهه وإرشاده , فجاد علي بجليل علمه .

كما أتقدم بالشكر والامتنان الى أساتذتي الفضلاء كل من الدكتور احمد الحياري والدكتور كميل افرام والدكتور صاحب الفتلاوي الذين تفضلوا بقبول مناقشة دراستي المتواضعة فمنحوني من وقتهم في سبيل إتمام هذا العمل وتقويمه فجزاهم المولى عني خير الجزاء .

الى كل من ذكرت أسال الله تعالى أن يجعل عملي وعملهم خالصاً لوجهه تعالى وان يبدلني وإياهم بكل حرف حسنه مضاعفة نجدها في ميزان أعمالنا يوم القيامة انه على كل شيء قدير نعم المولى والنصير

الباحث

فهرس المحتويات

المسؤولية المدنية للطبيب الناجمة عن التلقيح الصناعي

دراسة مقارنة

إعداد

إسماعيل سليمان إسماعيل الخريسات

إشراف

الأستاذ الدكتور غازي خالد أبوعرابي

الملخص

تناولت هذه الدراسة المسؤولية المدنية للطبيب الناجمة عن التلقيح الصناعي, وتمت الدراسة من خلال فصلين يسبقهما فصل تمهيدي .

تعرضت في الفصل التمهيدي للطبيعة القانونية للتلقيح الصناعي وقد قسمت هذا الفصل إلى مبحثين ، حيث عرضت في المبحث الأول إلى أن الإنجاب الصناعي حق أم رغبة وذلك من خلال مطلبين , فتناولت في المطلب الأول هل الإنجاب الصناعي حق وذلك من خلال موقف الدستور والقانون الأردني من الزواج والإنجاب وكذلك القوانين المقارنة وبينت أن الإنجاب هو مجرد رخصة أو حرية لصاحبة لإشباع رغبته دون أن يترتب عليه التزام بذلك , أما المطلب الثاني فقد تعرضت لشروط التلقيح الصناعي , والتي قمت باستخلاصها من خلال المؤتمرات والمجامع الفقهية وفي التشريعات التي تناولت التلقيح الصناعي وموقف التشريعات المقارنة من هذه الشروط

أمّا في المبحث الثاني فقد بحثت فيه أنواع التلقيح الصناعي من خلال مطلبين , حيث تناولت التلقيح الصناعي الداخلي في المطلب الأول والذي يكون بين الزوجين أو بين ذكر وأنثى

لا تربطهم علاقة زواج وبينت موقف المشرع الأردني والتشريعات المقارنة من حيث إجازتها أو تحريمها , أما المطلب الثاني فقد تناولت فيه التلقيح الصناعي الخارجي والذي يتم التلقيح بين بويضة الأنثى والحيوان المنوي خارج الرحم وقد تعرضت لصور التلقيح الصناعي وموقف التشريعات من هذه الصور

وفي الفصل الثاني تناولت أركان المسؤولية المدنية للطبيب المترتبة عن التلقيح الصناعي وقد قسمت الفصل إلى ثلاثة مباحث، تعرضت للخطأ الطبي في المبحث الأول ، وقد ناقشت الموضوع تحت مطلبين , المطلب الأول بينت مفهوم الخطأ في التلقيح الصناعي (الفعل الضار) والذي هو الركيزة الأساسية لموضوع الدراسة والذي يقيم المسؤولية على أساس الضرر وليس الخطأ، والخطأ الطبي بشكل عام يتعلق بانحراف الطبيب عن سلوكه وإخلاله بواجبه في بذل العناية اليقظة .وانتقلت إلى موقف القضاء من مسألة التدرج في الخطأ الطبي حيث استقر الرأي أن الطبيب يسأل عن كل أخطائه التي يرتكبها اتجاه مريضه بشرط ثبوتها ثبوتًا كافيًا .وبحثت في مسألة معيار الخطأ الطبي والآراء المختلفة حول ذلك، وهو معيار الشخص العادي أي سلوك الطبيب العادي الوسط من نفس التخصص ونفس المستوى العلمي للطبيب المخطئ .وعرضت أبرز صور الخطأ الطبي الناتجة عن التلقيح الصناعي في المطلب الثاني .

أما المبحث الثاني فتناولت فيه الضرر الطبي , حيث ناقشت الأضرار المادية الناجمة عن الخطأ في التلقيح الصناعي وهي الأضرار الجسدية وما ينتج عنها من تشوهات للجنين في مطلب أول , أما المطلب الثاني فتناولت الأضرار المعنوية (الأدبية) المتمثلة في إفشاء السر الطبي وكذلك تفويت الفرصة في أن يصبح الزوجين أبوين نتيجة خطا الطبيب

أما المبحث الثالث فتناولت فيه علاقة السببية بين الخطأ والضرر من خلال مطلبين , ففي المطلب الأول تناولت المباشرة والمتسبب في التلقيح الصناعي وهو ما اخذ فيه القانون الأردني ثم ناقشت كيفية نفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر في عمليات التلقيح الصناعي.

أما الفصل الثاني فتناولت فيه آثار المسؤولية المترتبة على التلقيح الصناعي من خلال مبحثين , تناولت في المبحث الأول دعوى المسؤولية عن التلقيح الصناعي وقد قسمتها إلى مطلبين , الأول أطراف الدعوى في دعوى المسؤولية من حيث المدعي والمدعى عليه , أما التعويض عن المسؤولية المترتبة عن التلقيح الصناعي من حيث طرق التعويض , كيفية تقدير التعويض , ووقت تقدير التعويض فناقشتها في المطلب الثاني

أما المبحث الثاني فتناولت فيه الاتفاقيات المعدلة لأحكام المسؤولية المدنية مـــن خـــلال مطلبين , الأول ناقشت فيه الاتفاقيات المتعلقة بالمسؤولية العقدية التقصيرية والاستثناءات علـــى تعديل أحكام المسؤولية العقدية , أما المطلب الثاني فكان في التامين مـــن المـــسؤولية الطبيـــة وناقشت فيه العلاقات بين أطراف عقد التامين من المسؤولية الطبية .

ثم تلا ذلك خاتمة تضمنت أهم النتائج والتوصيات , التي توصلت لها من خـــلال هـــذه الرسالة

المقدمة

إن الأمومة والأبوة أي طلب الولد أمر فطري وغريـزي لـدى جميـع المخلوقـات ، والإنسان وان كان يستطيع أن يعيش بمفرده دون أولاد إلا انه سيبقى يعيش في قلق واضطراب باحثاً عن الذرية والولد ، وإذا أدرك انه عاجز عن الإنجاب والحصول على ذرية بسبب عضوي كالعقم مثلاً فانه يتكون لديه دافع كبير يجعله يبذل الغالي والنفيس في سبيل معالجة الحالة حتـى لو وصل به الأمر اللجوء للسحرة والمشعوذين . فلاشك أن العقم من مشيئة الله سبحانه وتعـالى لحكمة لا يعلمها إلا هو، قال تعالى (وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيماً)(١). ومثل العقـم مثـل الأمـراض الأخرى يجوز التداوي منه .

إن الإنسان يمارس حقه أو حريته الفردية في الإنجاب طبقا لمعايير موضوعية مختلفة وهي تنسجم مع قواعد الأخلاق والعادات الاجتماعية وقواعد القانون وتهدف هذه القواعد مجتمعة إلى تنظيم الرغبة في الإنجاب , فالتطور الهائل في جميع نواحي الحياة وخاصة في العلوم الطبية والأساليب الحديثة التي لم تكن معروفة سابقاً ومنها التلقيح الـصناعي أدى إلـى كثيـر مـن الإشكالات القانونية وخاصة الخطأ الطبي في مجال التلقيح الصناعي .

كانت أول طفلة تولد بطريقة التلقيح الصناعي في بريطانيا سنة ١٩٧٨م , وقـد أطلـق عليها اسم (لويز براون Louis Brown) , وبعد ذلك أصبح ميدان تجارب التلقيح الـصناعي مفتوح أمام جميع الأطباء ، وأصبحوا يتنافسوا فيما بينهم للتطوير والبحث في عمليات الإخصاب ، حتى باتت عملية الإخصاب من العمليات السهلة والاعتيادية لدى المختصين .

لقد ذهب كثير من الأطباء إلى اعتبار العقم مرض وليس إعاقة ، فقد قال الأطباء بـان العقم هو عدم القدرة على إنتاج النسل ، وهو مرض يصيب الرجال والنساء على السواء ، فـإذا مضى على زواج المرأة أكثر من اثنا عشر شهراً ولم يحدث الحمل خلال هذه الفترة رغم توافر أسبابه ، ففي هذه الحالة يمكن التدخل من خلال إستخدام التقنيات الطبية المساعدة على الإنجاب وذلك بواسطة إخصاب بويضة المرأة بماء زوجها ، ولهذه العملية عدة وسائل وطرق ، فمنها ما يكون داخلياً وهو ما يسمى بالتلقيح الصناعي الداخلي ، وهذا يعني إن عملية التلقيح تتم من خلال إخصاب البويضة دون إخراجها ، ومنها ما يسمى بالتلقيح الصناعي الخارجي ، ويعنـي ذلـك

(١) سورة الشورى , الآية ٥٠

إخراج البويضة إلى الخارج وتلقيحها وإعادة البويضة إلى المكان المناسب من رحم الزوجة أو إلى الرحم المستأجرة (الظئر) ملقحة جاهزة في المجتمعات التي تجيز ذلك ، وتتم عادة عملية التلقيح من خلال إخصاب بويضة الزوجة بماء الزوج سواء كان بالإخصاب الداخلي أو الخارجي ، وهذه الحالة التي أجازتها الشريعة الإسلامية مع تحفظ بعض الآراء ، إلا أن هناك حالات تتم على غير هذه الطريقة ، كتلقيح بويضة الزوجة من ماء رجل متبرع ، وكذلك حمل الزوجة من خلال بويضة متبرعة ملقحة بماء رجل متبرع ، وكذلك قد تتم العملية من خلال تخصيب بويضة من امرأة متبرعة بماء رجل متبرع ونقلها إلى رحم متبرع أو مستأجر ، وهذه الحالات لا تجيزها الشريعة الإسلامية ولا قوانين الدول الإسلامية ، فهذه الحالات تعرف فقط في الدول التي تجيز التبني.

إن قواعد المسؤولية المدنية بشكل عام والتي كان مصدرها القانون المدني الفرنسي في بعض التشريعات أو أحكام الفقه الإسلامي كالتشريع المدني الأردني إلا أنها لم تفرد أي تشريع خاص للمسؤولية وإنما كانت شريعة عامة تنطبق على جميع الأشخاص بمن فيهم الطبيب .

فيلتزم الطبيب عند إجراء عملية التلقيح الصناعي بمراعاة ما تقضي به واجبات الحيطة والحذر، قبل تطبيق الوسيلة محل البحث وإجراء الفحوصات اللازمة وتشخيص الحالة بدقة متناهية ولا ينتهي واجبه عند هذا الحد بل يمتد إلى مرحلة التنفيذ , فإذا أهمل أو أخطأ وكان هذا الخطأ مما لا يقع فيه الطبيب الذي يتمتع بالقدر المتوسط من الرعاية والحيطة فإنه يسأل جنائيا أو مدنيا حسب الأحوال ، إذا توافرت العناصر الأخرى اللازمة للمسؤولية وأهمها رابطة السببية والنتيجة وهي المساس بسلامة الجسم أو الضرر أيا كانت صورته.

وتعتبر مرحلة تنفيذ عملية التلقيح من المراحل الدقيقة ففيها يقوم الطبيب بنقل حيوانات الزوج المنوية لرحم زوجته. ولذا يجب عليه مراعاة الحيطة والحذر والدقة في إجرائها ويسأل الطبيب عن خطئه في إجراء العملية إذا كان هذا الخطأ ظاهرا لا يحتمل نقاشا فنيا تختلف فيه الآراء , ولكنه لا يسأل إذا فشلت عملية التلقيح طالما أنه اتبع كافة وسائل الحيطة والحذر في إجرائها فالتزام الطبيب في هذه العملية مثل غيرها من الأعمال الطبية هو الالتزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة معينة .

إن الأنساب والأعراض من أهم المسائل التي يعنى بها المجتمع العربي والإسلامي ، فلا بد من بيان حل وحرمة ومشروعية هذه العمليات ابتداءً ، وتعريفهم بالشروط الواجب توافرها

وموقف التشريعات المقارنة من هذه الشروط , وكذلك تعريفهم بحقوقهم الناشئة عن فشل هـذه العمليات أو نشوء أمراض أو آثار جانبية أو حدوث الوفاة بسبب هذه العلميات ، فإن فشل هـذه العمليات يؤدي ابتداءً إلى خسارة مادية متمثلة بمصاريف ونفقات وأجور العمليـة ، أو حـدوث مضاعفات بدنية أو نفسية تؤدي إلى إصابة ألام بأمراض مزمنة كارتفاع ضغط الدم والـسكري وهبوط القلب ... الخ ، وقد يحدث كذلك جراء الخطأ في إجراء العملية تهتك في البويضة عنـد زرع الحيوان المنوي مما يؤدي إلى حدوث تشوهات خلقية في الجنين ، وقد يحدث ما هو أعقد وأصعب عندما يخطئ الطبيب أو مساعدة في نقل السائل المنوي ، ففي هذه الحالة يتم نقل سائل منوي لرجل غريب ليلقح بويضة الزوجة فيؤدي ذلك إلى ولادة طفل لا ينتمي بيولوجيـا إلـى الزوج. فكيف يستطيع الزوجان المطالبة بالتعويض عند حصول ضرر؟ وكيف يكون التعويض ؟ وهل يجوز الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية الطبية الناشئة عن الخطأ في التلقيح الصناعي.

إن البحث في المسؤولية الطبية الناجمة عن التلقيح الصناعي مستجدة ، لم تحـظَ بعـد بالاستقرار وخاصة في غياب تشريعي في الأردن خاص بالمسؤولية الطبية أو وجود قانون ينظم عمليات التلقيح الصناعي كما هو الحال في التشريعات الأخرى كالقانون الفرنـسي والاسـباني والألماني والانجليزي والليبي والجزائري وغيرها.

أهمية الدراسة

تستمد هذه الدراسة أهميتها من الانتشار الواسع لمراكز التلقيح الصناعي فـي الوقـت الحاضر في الأردن , وانتشار السياحة العلاجية أيضا , ومن خلال نتائج النجاح في عمليـات الإخصاب , التي تحققها هذه المراكز إذا ما قورنت بغيرها من الدول , ومع ارتفاع نسب العقـم لدى الأشخاص ومحاولتهم للإنجاب تحقيقا لهذه الرغبة , وكذلك لما نعانيه من موروث اجتماعي وديني في الرغبة في الإنجاب , كذلك لحساسية العلاقة بـين الطبيـب والـزوجين وخطـورة الأضرار التي قد تلحق بالزوجين , والناجمة عن إهمال وعدم حرص الطبيب أصبح موضـوع التلقيح الصناعي من الموضوعات التي تطرح نفسها بقوة أمام الفقه القانوني.

أهداف الدراسة :

قبل أن يكون الطبيب مسؤولا قانونا عن أعماله , كان العمل الطبي سلوكاَ وأسلوب حياة ضرب جذوره في أعماق الموروث الديني والاجتماعي والنفسي من حيث الجوهر , وان اختلف

المظهر , ولم يزل بذلك سلوكاً ترنو إليه طبيعة النفس البشرية المتثاقلة مــن فكــرة التقاضــي والتنازع ، مما حدا بالتشريعات الحديثة إلى تنظيم السلوك الطبي وجعل قانوناً لها , لما للقانون من هيبة واحترام .

تهدف الدراسة لتحديد مدى كفاية القواعد العامة في القانون المــدني – والتــي تــنظم المسؤولية بشكل عام – في غياب تشريعي ينظم عمليــات التلقــيح الــصناعي , أو أن الأمــر يستوجب استحداث نصوص قانونية خاصة بالمسؤولية الطبية وعمليات التلقيح الصناعي , وهل سجل الواقع العملي حاجه ماسه لتشريع ينظم عمليات التلقيح الصناعي ؟ ذلك ما تحــاول هــذه الدراسة المساهمة في توضيحه.

من هنا تبدو أهمية هذا الموضوع ، وتتضح معالم الأسباب التي دفعتنــي لاختيــاره ، والتي يمكن أن نلخص أهمها بما يلي:

أولاً: حداثة هذا النوع من المسؤولية بعد الانتشار الكبير لعمليات الإخصاب الــصناعي في العالم والتكلفة المادية العالية التي تترتب على الزوجين من اجل تحقيق الإنجاب .

ثانياً: إن هذه الدراسة تهدف إلى بيان المسؤولية التي تترتب علــى الطبيــب والتــزام الحيطة والحذر لما يترتب على خطئه من نتائج قانونية واجتماعية.

ثالثا: تحول النظرة إلى الأضرار الناجمة عن الخطأ الطبي من انه قضاء وقدر إلى خطأ يجب أن يتحمله المتسبب .

رابعا: افتقار المكتبة القانونية الأردنية خاصةً ، والعربيــة عامــة لدراســات معمقــة ومتخصصة وعصرية في مسؤولية الطبيب عن التلقيح الصناعي كونه من المواضيع المستحدثة لذلك فإن أي دراسة تتناول هذا الموضوع تبدو أهميتها وفائدتها واضحة سواء بالنسبة للطبيب أو الزوجين أو الباحثين أو المهتمين في عمليات الإخصاب الصناعي .

منهجية البحث:

ستعتمد الدراسة المنهج التحليلي التطبيقي المقارن ، بــين القــانون المــدني الأردنــي ومشروع قانون المسؤولية الطبية الأردني ومشروع قانون استخدام التقنيات الطبيــة المــساعدة على الإنجاب الأردني , وعدد من القوانين العربية والأجنبية التي تناولت التلقــيح الــصناعي ,

حيث اعرض الجوانب المتصلة بالمسألة مدار البحث ليصار إلى تحليلها والتوصل لحلول لها أو لموقف منها ، وذلك في ضوء الاحتياجات العملية والتطبيقية ، وفي ضوء الأحكام الموضوعية الفنية والقانونية.

وأنني أرى انه مهما بذلت من جهد في عرض الموضوع , وفي المقارنة بـين النتـائج وتبني ما أراه صوابا , فانه يبقى بحثي جهدا إنسانيا يحتمل الخطأ والنسيان , وهذا من طبيعـة البشر , والكمال لله وحده , ولكنني آمل أن يشفع لي صعوبة البحث , وخير ما أستجير به قولـه تعالى " رَبَّنَا لا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا "[١]

[١] سورة البقرة , الآية ٢٨٦

الفصل التمهيدي

الطبيعة القانونية للتلقيح الصناعي

إن التلقيح قد يكون في النبات والحيوان والإنسان , غير أن التلقيح في النبات والحيوان يكون القصد منه تحسين النسل أو زيادة الإنتاج , أما في الإنسان فيهدف إلى الحصول على الولد والذرية بالنسبة للزوجين اللذين ليس لهما ولد , وذلك لكي يقف عندهما الإحساس بالعقم أو يزول , وبذلك يستويان بغيرهما ويشعران في هذه الحياة بنعمة الأبوة والأمومة للأبناء .

بعد الانجاز العلمي والطبي الذي حققه التلقيح الصناعي لدى كثير من العائلات التي كاد أن يتسرب اليأس إلى حياتها بسبب العقم وعدم الإخصاب , أو بسبب الحاجة إلى تحديد النسل لعلاج بعض الأمراض الوراثية التي تنتقل من جيل إلى جيل أخر[1]. كما كان لتمكن العلماء بفضل الفحص الجيني للبويضات الملقحة من اكتشاف الصفات الوراثية التي تتصف بها , وكذلك التشوهات التي تحملها , والسعي إلى إنجاب أطفال ذو مواصفات مختارة كالطول واللون والجنس والذكاء[2]. كان لا بد من وضع شروط تحكم عمليات التلقيح الصناعي لكي تبقى ضمن إطار المشروعية , لما يترتب على هذه العمليات من أثار على الزوجين أو الطفل المتأتي من عملية التلقيح الصناعي .

وبناء على ما سبق سوف أقوم ببيان ماهية الإنجاب من الناحية القانونية , وما هي الشروط الواجب توافرها في عمليات التلقيح الصناعي , والتي استقر عليها الفقه وبينتها العديد من التشريعات [3] التي تناولت التلقيح الصناعي , كما سوف أتناول أنواع التلقيح الصناعي , وما

---

(1) ديات , سميرة عايد , **عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشرع** , ط١ , منشورات الحلبي الحقوقية , لبنان , ٢٠٠٤ , ص ١٧٧

(2) طه , محمود احمد , **الإنجاب بين التجريم والمشروعية** . بدون طبعة , منشاة المعارف , الإسكندرية , ٢٠٠٣م , ص ٦

(3) من هذه التشريعات : مشروع قانون استخدام التقنيات الطبية المساعدة على الإنجاب الأردني لسنة ٢٠٠٧ , التشريع الليبي في قانون العقوبات رقم ١٧٥ لسنة ١٩٧٢ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية العدد ٦١ السنة العاشرة بتاريخ ٢٣ كانون أول ١٩٧٢ وقانون المسؤولية الطبية رقم ١٧ لسنة ١٩٨٦ , التشريع الجزائري في قانون الأسرة رقم ٨٤/١١ الصادر بتاريخ ١٩٨٤/٦/٩ المعدل بالأمر رقم ٢٠٠٥/٠٢ الصادر بتاريخ ٢٠٠٥/٢/٢٧ , التشريع الفرنسي في القانون رقم٦٥٤-٩٤ المنشور بالجريدة الرسمية الفرنسية بتاريخ ٣٠/٧/

هي مشروعية كل نوع , وموقف التشريعات المقارنة من هذه الأنواع مـــن خـــلال المبحثـــين التاليين:

المبحث الأول : الإنجاب الصناعي حق أم رغبة ؟

المبحث الثاني : أنواع التلقيح الصناعي

١٩٩٤ المعدل لقانون الصحة العامة الفرنسي , التشريع الانجليزي في قانون الخصوبة والأجنة البشرية لـــسنة ٢٠٠٨ , التشريع الاسباني في قانون تقنيات المساعدة على الإنجاب رقم ١٩٨٨/٣٥

المبحث الأول

الإنجاب الصناعي حق أم رغبه ؟

الإنجاب ضرورة لبقاء الإنسان والحيوان بشكل عام , والإنجاب من هذه الناحية ينظر إليه على انه غريزة فُطر الإنسان والحيوان عليها , لكن الإنجاب لدى الإنسان لا يخضع فقط إلى الضروريات أو الحاجات العضوية وللقوانين البيولوجية , كما أن الإنجاب لدى الإنسان ليس مجرد وظيفة عضوية أو مجرد حاجة وإنما يستجيب لرغبات معينه .

فالغريزة هي الأمور المتوطنة في النفس والتي تحتاج إلى إشباع , وإذا لم تُشبع فيحصل للإنسان القلق والاضطراب , إلا انه يستطيع العيش كسائر البشر ولكن بقلق واضطراب , أما الحاجات العضوية فان إشباعها أمر واجب حتمي , فان لم تشبع فإنها لا تسبب قلقاً واضطراباً فحسب , بل وتسبب الهلاك أو المرض للإنسان , ومن الحاجات العضوية الأكل والشرب والنوم والإخراج [١]

والإنجاب كواقعة بيولوجية لا يكفي لإقرار صلة النسب أو القرابة , وإنما يجب أن يتم طبقا للقواعد التي يحددها المجتمع الذي يعيش فيه الإنسان , وهي قواعد متطورة وتختلف من مجتمع لأخر , حسب معتقدات وعادات كل مجتمع , وبالتالي فان الإنسان يمارس حقه أو حريته في الإنجاب طبقا لمعايير موضوعية مختلفة , وهي تنسجم مع قواعد الأخلاق والعادات الاجتماعية وقواعد القانون , وتهدف هذه القواعد مجتمعة إلى تنظيم الرغبة في الإنجاب , لكن بعد نجاح طرق التلقيح الصناعي بل وانتشارها في الواقع العملي , ساد الاعتقاد بان الأمر يتعلق بالحق أو الحق في الولد , وليس فقط لمجرد الرغبة في الإنجاب[٢].

فالأصل هو الإنجاب الطبيعي الناتج عن تلقيح البيضة[٣] لدى المرأة بالحيوان المنوي لدى الرجل بطريق الاتصال الجنسي "الجماع" أما التلقيح الصناعي فهو استثناء على الأصل .

---

[١] سلامة , زياد احمد , **أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة** , ط١ , الدار العربية للعلوم , عمان , ١٩٩٦م , ص ٢٢

[٢] زهرة , محمد مرسي , **الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية** , بدون طبعة , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٨م , ص ١٨٩

[٣] البيضة، هي المعبر عنها لدى الأطباء بلفظ (البويضة) وتصغير بيضة في اللغة بييضة، وهي هنا : مني الزوجة أو يقال (خلية الأنثى)

فلابد من التطرق لتعريف التلقيح الصناعي في معناه العام , وفي التشريع الأردني والتشريعات المقارنة , ليتسنى لنا الوقوف على الإشكاليات التي تثيرها عملية التلقيح الصناعي.

فالتلقيح الصناعي " هو كل طريقة أو صورة يتم فيها التلقيح والإنجاب بغير الاتصال الجنسي الطبيعي"(١) . أما تعريف التلقيح أو الإنجاب الصناعي في مشروع قانون استخدام التقنيات الطبية المساعدة على الإنجاب الأردني لسنة ٢٠٠٧ وان كان اللفظ مختلف حيث استخدم المشروع لفظ التقنيات الطبية وعرفها بأنها " الأعمال الطبية المساعدة على الإنجاب بما في ذلك الأعمال السريرية والبيولوجية داخل مختبر الأجنة أو أي تقنية أو عمل أخر له اثر معادل ويؤدي إلى الإنجاب البشري خارج المسار الطبيعي لذلك "(٢). كما عرف المشرع الفرنسي المساعدة الطبية للإنجاب بأنها " الممارسة للطب التطبيقي والبيولوجي الذي يشمل الحمل في بيئة مصطنعة ونقل الأجنة والتلقيح الصناعي وكل تقنية لها اثر معادل تسمح بالإنجاب خارج العملية الطبية "(٣).

فالإنجاب الصناعي هل هو إشباع لإحدى غرائز الإنسان أم لحاجة عضوية له ؟ هل هو واجب على الإنسان يتعين عليه السعي لتحقيقه بكل السبل , أم انه مجرد حق للإنسان إذا شاء

---

(١) عقلة , محمد , **نظام الأسرة في الإسلام** , ط٢ , ج١ , مكتبة الرسالة الحديثة , عمان , ١٩٨٩م , ص ١٤٩ . وهناك تعريفات أخرى للفقه نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر تعريف د. حسيني هيكل حيث يعرف بأنه العملية التي بإجرائها يتم تخصيب بيضة الزوجة عن طريق التقائها مع الحيوان المنوي لزوجها – سواء كان هذا الالتقاء داخل الرحم أو تم في أنبوب أو لا ثم نقلت بعد ذلك البيضة المخصبة إلى رحم الزوجة دونما تدخل من الغير مطلقا وذلك في حياة الزوج وفي قيام علاقة زوجية بين الزوجين . هيكل , حسيني إبراهيم , **النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية** , ط١ , بدون دار نشر , القاهرة , ٢٠٠٦ , ص ١١٩

(٢) المادة ٢ , **مشروع قانون استخدام التقنيات الطبية المساعدة على الإنجاب لسنة ٢٠٠٧** .

http://www.lob.jo/View_LawContent.aspx?ID=193

(٣) المادة ١٥٢ /١ , **قانون الصحة الفرنسي** , المعدل بالقانون رقم ٦٥٤-٩٤ النشور بالجريدة الرسمية الفرنسية بتاريخ ٣٠/٧/ ١٩٩٤ المعدل لقانون الصحة العامة الفرنسي .

Art. L. 152-1. L'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que de toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel.

www.amp-chu-besancon.univ-fcomte.fr/blefco/nouvelle_brochure_BLEFCO/loi94w1.htm

أقدم عليه بأي وسيلة مع إلزام الغير بتمكينه من ذلك , وإذا شاء أحجم عنه بأي وسيلة أيضا ؟ أم انه لا يتعدى كونه مجرد رغبة له إذا شاء أقدم عليه أو أحجم عنه دون إن يرتب التزاما علـــى احد بتمكينه من استعمال رغبته ؟ وفي ضوء ما تقدم وما سوف ننتهي إليه من حيـــث تحديـــدنا لطبيعة الإنجاب حق أو رخصة أو واجب نبين ضوابط وشروط التلقيح الصناعي مـــن خـــلال المطلبين التاليين.

المطلب الأول : هل الإنجاب الصناعي حق ؟

المطلب الثاني : شروط التلقيح الصناعي .

المطلب الأول

هل الإنجاب الصناعي حق ؟

يحتل الإنجاب أهمية كبرى للإنسان باعتباره احد الغرائز الأساسية للنفس البشرية , فهنا يثور التساؤل عما إذا كان يتعين على الإنسان الإنجاب أم انه غير ملزم بذلك ؟ للإجابة على هذا التساؤل نستعرض موقف الشريعة الإسلامية والدساتير والمواثيق الدولية من الإنجاب.

عُنيت الشريعة الإسلامية بالتناسل والتكاثر على وجه الأرض إبقاءً للجنس البشري وأعماراً للكون بما يحقق المقصود من وجود الإنسان . وحفظ النسل من الضروريات الأساسية الخمس التي اتفقت الشرائع والملل على حفظها , والاعتناء بها , حيث انه لو عُدم النسل لم يكن في العادة بقاء[١] . ولقد فطر الله الإنسان على حب النسل والميل إليه على شكل غريزة أودعها الله في جبلته , واصل خلقته , قال الله تعالى " الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَالْبَاقِيَاتُ الصَّالِحَاتُ خَيْرٌ عِنْدَ رَبِّكَ ثَوَاباً وَخَيْرٌ أَمَلاً " [٣] وان حب ا النسل والذرية سنة من سنن المرسلين ؛ قال الله تعالى" وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلاً مِنْ قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجاً وَذُرِّيَّةً وَمَا كَانَ لِرَسُولٍ أَنْ يَأْتِيَ بِآيَةٍ إِلاَّ بِإِذْنِ اللَّهِ لِكُلِّ أَجَلٍ كِتَابٌ "[٣]. ومن أعظم النعم التي منّ الله بها على عباده , ولتحقيق هذا المقصد العظيم , شرع الله النكاح , وحث عليه , ورغب فيه.

ومعلوم أن الولد لا يكون إلا بحدوث الوطء (الجماع) بين الرجل والمرأة ؛ لذلك يقول ابن القيم : ".... فان الجماع وضع في الأصل لثلاثة أمور هي مقاصده الأصلية: احدها: حفظ النسل , ودوام النوع إلى أن تتكامل العُدة التي قدر الله بروزها إلى هذا العالم "[٤] .

فالإنجاب يحتل أهمية كبرى للإنسان , فقد غرس الله عز وجل في قلب وعقل كل إنسان الرغبة الجامحة في الإنجاب لما في ذلك من إشباع لرغبة الإنسان في استمرارية الحياة وهو ما

---

[١] الشنقيطي , محمد الأمين بن محمد بن المختار , **منهج التشريع الإسلامي وحكمته** , ط٢ , الجامعة الإسلامية , المدينة المنورة , ١٩٨٨م , ص ٤٤

[٣] سورة الكهف , الآية رقم ٤٦ ,

[٣] سورة الرعد , الآية رقم ٣٨

[٤] الجوزية , ابن القيم , (ت ٦٩١- ٧٥٢ هـ) , **الطب النبوي** , ط٥ , مؤسسة الرسالة , بيروت ,١٩٨٤ , ص ٢٤٩

يعرف بغريزة حفظ النوع وهو مالا يتحقق – لكون الموت حق علينا جميعا – إلا مـن خـلال الأبناء والأحفاد الذين يحملون اسمه ويتلقون الرسالة ويتناقلونها إلى أن يرث الله الأرض ومـن عليها . فرغبة الإنسان في الإحساس بالعزوة والقوة وذلك عندما يطعن في السن فيجـد أبنائـه يلتفون حوله ويمدونه بالقوة ويعينونه على مواجهة أعباء الحياة(١) . فَذِكرُ الإنسان إنمـا يخلـد بالنسل والذرية(٢). لذلك قال الله تعالى " وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجـاً وَجَعَـلَ لَكُـمْ مِـنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنْ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَةِ اللَّـهِ هُـمْ يَكْفُـرُونَ " (٣). وإشباعا كذلك لغريزة الأبوة لدى الرجل والأمومة لدى المرأة والتي تعد امتدادا تلقائيا لغريـزة حفظ النوع.

فالشريعة الإسلامية وان حثت على الزواج وحبذته على النحو السابق إلا أنها لم تلزم به وإنما تركت ذلك لمحض اختيار الإنسان وفقا لظروفه وقدراته ونستدل على ذلك بقـول الإمـام الغزالي " يباح ترك النكاح أصلاً أو ترك الجماع بعد النكاح أو ترك الإنزال بعد الإيلاج فكـل ذلك ترك للأفضل وليس بارتكاب نهي ولا فرق , إذ الولد يتكون بوقوع النطفة في الرحم ولهـا أربعة أسباب , النكاح , ثم الوقاع , ثم الصبر إلى الإنزال بعد الجماع ثم الوقوف لينصب المني في الرحم"(٤). فالإنسان يباح له ترك الزواج أصلا , ويباح له ترك المخالطة الجنسية بعد الزواج , ويباح له ترك التلقيح بعد المخالطة الجنسية , كل ذلك مباح وليس فيه إلا مخالفة الأفضل .

أما المواثيق الدولية فقد نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الـصادر عـن الجمعيـة العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها رقم (٢١٧) عام ١٩٤٨ فـي المـادة (١/١٦) علـى أن " للرجل والمرأة متى بلغا سن الزواج حق التزوج وتأسيس أسـرة دون أي قيـد.."(٥) . كـذلك الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية عام ١٩٦٦م حيث نصت المادة (٢/٢٣) علـى انـه "يكون للرجل والمرأة ، ابتداء من بلوغ سن الزواج ، حق معترف به فـي التـزاوج وتأسـيس

---

(١) طنطاوي , محمد سيد , **تنظيم الأسرة ورأي الدين فيه** , وزارة الإعـلام , الهيئـة العامـة للاسـتعلامات , ١٩٨٨م , ص٦

(٢) منصور , محمد خالد , **الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي** , ط١ , دار النفائس , عمـان , ١٩٩٩م , ص ٦٢

(٣) سورة النحل الآية رقم ٧٢

(٤) الغزالي , أبي حامد محمد بن محمد , **إحياء علوم الدين** , ج٢ , دار الكتب العلمية , بيـروت , ١٩٨٦م , ص ٥٨

(٥) www.un.org/Arabic/aboutun/humanr.htm

أسرة"[١]. والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان عام ١٩٥٠ حيث نصت المادة (١٢) على حق كل إنسان في الزواج وتأسيس أسرة ابتداء من سن البلوغ وعلى القوانين الوطنية ضمان ممارسة هذا الحق[٢] .

أما الدساتير , فالدستور الأردني الصادر عام ١٩٥٢ لم يتضمن نص خاص يلزم الفرد بالزواج أو يمنحه هذا الحق , ويرجع ذلك إلى أن الزواج تحث عليه الشريعة الإسلامية , وهي الدين الرسمي في الأردن وفقا لنص المادة الثانية من الدستور[٣] . وبما أن الأردن صادقت على الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ الأمر الذي يعني أنها أصبح لها قوة إلزامية في الأردن [٤]. كما جاء قانون الأحوال الشخصية الأردني وما طرأ عليه من تعديلات منسجما مع الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية[٥]. وكذلك الدستور المصري لعام ١٩٧١ لم يتضمن نصاً يلزم الفرد بالزواج شأنه شأن الدستور الأردني , إلا أن مصر صادقت على الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ عام ١٩٨١ م أي أصبحت ملزمة في مصر[٦]. كذلك الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ شأنه شأن الدستور الأردني لم يتضمن أيضاً نصاً صريحاً يلزم الإفراد بالزواج أو يقرر لهم هذا الحق . وإن كان ذلك لا يعني عدم إهتمام الدستور الفرنسي بالأسرة إذ نص على أن تكفل الأمة للفرد وللأسرة المتطلبات اللازمة لنموهم ... ففي

---

(١) www.ahir.org.tn/arabic/convinter/Conventions/HTML/PactecivilPolitigue.htm

(٢) www.ahir.org.tn/arabic/convinter

(٣) المادة ٢ , **الدستور الأردني** , وتنص على أن " الإسلام دين الدولة , واللغة العربية لغتها الرسمية "

(٤) تم التوقيع على الاتفاقية من قبل الأردن في ١٩٧٢/٦/٣٠م وتم التصديق عليها /الانضمام في ١٩٧٥/٥/٢٨م ودخلت حيز التنفيذ في٢٣ /١٩٧٦/٣م www.arabhumanrights.org

(٥) المادة ٢ , قانون الأحوال الشخصية رقم (٦١) لسنة ١٩٧٦المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم ٢٦٦٨ الصادر بتاريخ ١٩٧٦/١٢/٠١م . المعدل بموجب القانون المعدل رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠١ المنشور في الصفحة ٥٩٩٨ من عدد الجريدة الرسمية الصادر بتاريخ ٢٠٠١/١٢/١١م . وتنص على أن "الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً لتكوين أسرة وإيجاد نسل بينهما .

(٦) تم التوقيع على الاتفاقية من قبل مصر في ١٩٦٧/٨/٤م وتم التصديق عليها /الانضمام في ١٩٨٢/١/١٤م ودخلت حيز التنفيذ في١٩٨٢/٤/١٤م www.arabhumanrights.org . طه , محمود احمد , **التعدي على حق الإنسان في سرية اتصالاته بين التجريم والمشروعية** , بدون طبعة , دار النهضة العربية , ١٩٩٣م , ص ٢٣

عام ١٩٨١ صادقت فرنسا على الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية وبذلك أصبح لها قوة التشريع العادي في فرنسا وفقا لنص المادة (٥٥) من الدستور الفرنسي[١].

إلا أن الدستور السوري لعام ١٩٧٣م حرص على أن تسعى الدولة لإزالة العقبات التي تعترض طريق الراغبين في الزواج فقط دون أن تلزمهم به وذلك وفقا لنص المادة (٢/٤٤) منه والـــذي جاء فيها " تحمي الدولة الزواج وتشجع عليه وتعمل على إزالة العقبات المادية والاجتماعية التي تعوقه وتحمي الأمومة والطفولة وترعى النشء والشباب وتوفر لهم الظروف المناســبة لتنميــة ملكاتهم."[٢]

في ضوء ما سبق , نخلص إلى أن الإنجاب ليس واجباً يُلزم به كل من الرجل والمــرأة في المجتمع , وإنما يترك ذلك لمحض إرادتهم دون أدنى التزام وذلك نابع من كون الزواج ليس بواجب .

وقد يتبادر للذهن أن الإنجاب حق لكل رجل وامرأة من سن البلوغ حسب ما تم الإشارة إليه – طبعاً للصلة الوثيقة بين الزواج والإنجاب– إلا إن الواقــع يعــارض ذلــك , فقولنـــا إن الإنجاب حق يترتب عليه نتائج خطيرة وهامة , فالحق يقتضي – من وجهة النظر الاجتماعية – وجود "دين" على عاتق المجتمع , أي التزام جماعي أو إجتماعي على عاتق الجماعــة لإشــباع رغبة الفرد في الإنجاب صناعياً . فإذا كان المجتمع لا يلتزم بتحقيق الرغبة في الإنجاب لــدى أفراده , فان الفرد لا يلتزم– بأي حال – بالإنجاب أو بعدم الإنجاب[٣]. وقد تتبع الدولة سياســة تعمل لأسباب جغرافية على تشجيع النسل أو الحد منه وتنظيمه , لكنها لا تملــك إزاء ذلــك أن تفرض التزاما على الأفراد بالإنجاب أو بعدم الإنجاب , وكل ما تستطيع عمله هو اتخاذ بعــض التدابير التي تشجع على تحقيق سياستها [٤]. وأساسنا في ذلك إن كل ما يلزم به الطبيب إذا توجه إليه من يعاني من العقم , هو محاولة علاجه فإذا استحال العلاج لا يبقى إلا محاولة التخفيف من

---

[١] مشار إليه : طه , **الإنجاب** , مرجع سابق , ص١٢

[٢] المادة ٢/٤٤ , الدستور السوري لعام ١٩٧٣ . www.parliament.gov.sy/ar/law.php

[٣] زهرة , **الإنجاب الصناعي** , مرجع سابق , ص ١٩١

[٤] مثل حرمان الولد الثالث مثلا من بعض المزايا المجانية للحد من النسل , أو منح مكافأة مالية لمن ينجب عدد معين من الأولاد للعمل على زيادة النسل

أثاره ومن وسائل تخفيف أثار العقم , إقرار التبني في كثير من المجتمعات الغربيـــة , إلا انـــه محرم في الشريعة الإسلامية لقوله تعالى " وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ " [١].

كما انه لا يجوز إلزام من يعاني من العقم الإنجاب بطريق التلقـــيح الـــصناعي , فقـــد يرفض ذلك لمعتقداته الدينية أو الأخلاقية أو الاجتماعية[٢]. وحتى الزوجين وان كان يقع علـــى عاتق كل منهما التزام بإشباع رغبة شريكه في الإنجاب وإلا منح الحق في التطليق للضرر , إلا أن ذلك لا ينطوي على جريمة في حق الممتنع من الزوجين , كما لا يقع التـــزام علـــى الغيـــر بالتبرع بالبويضة أو بالمني أو بالحمل لصالح من يعاني من عدم القـــدرة علـــى الإنجـــاب[٣] . والأكثر من ذلك أن من تحمل لحساب الغير غير ملزمة بتسليم من حملت به (الطفل)[٤].

نخلص في ضوء ما سبق , إن الإنجاب لا يتعدى كونه مجرد رخصة أو حرية لصاحبه لإشباع رغبته في الإنجاب دون أن يترتب عليه التزام بذلك. والإنجاب باعتباره مجرد رخـــصة له شكل ايجابي يتجسد في حريته في إنجاب طفل أو أكثر وتأسيس أسره وتكوينها , وأخر سلبي يتجسد في حريته في عدم الإنجاب دون أن تفرض الدولة على احد أن ينجب إذا كان لا يرغب في ذلك ولا يملك هو إجبار الدولة على تمكينه من الإنجاب[٥] .

---

[١] أية رقم ٤ , سورة الأحزاب

[٢] طه , **الإنجاب** , مرجع سابق , ص ١٤

[٣] عبدالمجيد , رضا عبدالحليم , **النظام القانوني للإنجاب الصناعي** , رسالة دكتوراه غير منشورة , جامعـــة عين شمس , القاهرة , مصر , ١٩٩٦م , ص ٦٨٠

[٤] طه , **الإنجاب** , مرجع سابق , ص ١٤

[٥] عبدالمجيد , **النظام القانوني** , مرجع سابق , ص ٦٨٣

المطلب الثاني

شروط التلقيح الصناعي

انتهينا إلى أن الإنجاب الصناعي ليس حقاً , وإنما مجرد رخصة أو حرية أو رغبة . وقد يقال للوهلة الأولى إن قرار اللجوء إلى الإنجاب الصناعي كرخصة لا يخضع إلا لضمير الشخص نفسه وليس للدولة أن تراقب وسيلة التلقيح , سواء كان التلقيح الصناعي أو التلقيح الطبيعي , فهناك من حيث المبدأ تصريح بالإنجاب أياً كانت وسيلته وفي ضوء هذه الرؤية , فان القانون يجب أن يقتصر على التدخل اللاحق لإقرار أو عدم إقرار النتائج المترتبة على هذه الوسيلة أو تلك[١] . فالرغبة في الإنجاب ليست مطلقة يمارسها صاحبها كيف شاء ومتى شاء وإنما يخضع لقواعد وأشكال معينه , فقد حصرها الإسلام بين الزوجين في ظل علاقة زوجية قائمة[٢]. للحيلولة دون اختلاط الأنساب إذا ما أبيح بين غير الزوجين (العلاقات الحرة السائدة في المجتمعات الغربية غير الإسلامية) , ولضمان أن ينشا أطفال الغد ورجال المستقبل أبناء شرعيين يولدون ويترعرعون بين والديهم حتى ينعموا بعطف وحنان الأبوين ويتمتعوا بنفسية سوية تمكنهم أن يحتلوا مكانتهم في المجتمع.

فيشترط لجواز التلقيح الصناعي توافر شروط معينة تكفل إضفاء صفة الجواز والمشروعية على هذه العملية . وقد تم وضع هذه الشروط من خلال المؤتمرات والمجامع الفقهية[٣] , وفي التشريعات التي تناولت التلقيح الصناعي [٤], وهذه الشروط :

---

[١] زهرة , **الإنجاب الصناعي** , مرجع سابق , ص ٢٠٢

[٢] السيوطي , جلال الدين , **سنن النسائي** , ط٢ , ج ٦ , (تحقيق عبدالفتاح أبو غدّه) , مكتب المطبوعات الإسلامية , حلب , ١٩٨٦ , ص ٦٧

[٣] **من هذه المؤتمرات على سبيل المثال لا الحصر:** مؤتمر المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة بمكة المكرمة (١٤٠٢هـ) وفي دورته السابعة بمكة المكرمة (١٤٠٤هـ) وفي دورته الثامنة بمكة المكرمة (١٤٠٥هـ) والدورة الثالثة لمجمع الفقه الإسلامي في عمان , تشرين الأول ١٩٨٦م . المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية , **ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام** , الكويت , أيار ,١٩٨٣م . مركز بحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين , **ندوة الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي** , جامعة القاهرة , كلية الحقوق , ١٩٩٣ م .

أولا:-أن يكون التلقيح بين الزوجين

ويعني ذلك بان عملية التلقيح لا تجوز إلا بين رجل وإمرأة تجمعهما رابطة زوجية مشروعة وفقا لقانون الأحوال الشخصية , أي أن يتم بمني وبويضة زوجين وهذا ما أخذت به التشريعات العربية والإسلامية . فالقانون الأردني لا يعترف بمشروعية أي علاقة سوى العلاقة الزوجية , فعلى الطبيب أن يتثبت من وجود علاقة الزواج بين الرجل والمرأة الذين تجري بينهما عملية التلقيح , لأنه لا مجال في القانون الأردني لما يسمى بالعلاقات الحرة كما هو مصرح به في اغلب قوانين البلاد الأوروبية , وهذا ما جاء في مشروع قانون المسؤولية الطبية الأردني بقولها " لا يجوز إجراء التقنية المساعدة على الإنجاب للمرأة أو زرع جنين في رحمها إلا من الزوجين المتزوجين زواجاً شرعياً وبناءً على موافقتهما على ذلك كتابة"[١]. وكذلك مشروع قانون التقنيات الطبية المساعدة على الإنجاب الأردني[٢] . كما نص التشريع الجزائري[٣] والتشريع الليبي[٤] على هذا الشرط في شروط اللجوء إلى التلقيح الصناعي.

---

[٤] قانون الأسرة الجزائري رقم ٨٤/١١ الصادر بتاريخ ١٩٨٤/٦/٩ المعدل بالأمر رقم ٠٥/٠٢ الصادر بتاريخ ٢٠٠٥/٢/٢٧ حيث نصت المادة ٤٥(مكرر) منه على انه "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الصناعي . يخضع التلقيح الصناعي للشروط الآتية :

- أن يكون الزواج شرعيا
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما
- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما
- لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الصناعي باستعمال الأم البديلة

[١] مشروع قانون المسؤولية الطبية لعام٢٠٠٩ والتعديلات الواردة عليه من قبل نقابة الأطباء الأردنية بتاريخ ٢٠٠٩/٩/٢٦ www.updatejo.com/puplications/medicallow.html

[٢] المادة ٥ , **مشروع قانون التقنيات الطبية المساعدة على الإنجاب لسنة ٢٠٠٧** , وتنص على انه " يحظر اللجوء الى استخدام التقنيات الطبية المساعدة على الإنجاب إلا من قبل زوجين على قيد الحياة وبسبب عدم الخصوبة المثبتة طبياً لدى احدهما او كلاهما ، وفي حالة زواج قائم بينهما وبواسطة أمشاج متأتية من كل منهما"

[٣] المادة ٤٥ (مكرر) , **قانون الأسرة الجزائري** , مرجع سابق

[٤] المادة ١٧ , **قانون المسؤولية الطبية رقم (١٧) لسنة ١٩٨٦**, الصادر بتاريخ ١٩٨٦/١١/٢٤ . وتنص على انه " لا يجوز تلقيح المرأة صناعياً أو زرع الجنين بالرحم إلا عند الضرورة وبشرط أن يكون اللقاح في الحالتين من الزوجين وبعد موافقتهما ". www.lawoflibya.com

كذلك فان صحة هذه العملية مرتبطة بعدم تدخل أطراف أخرى , وذلــك لان الــشريعة الإسلامية تنظر إلى عدم الإخصاب على انه مرض أصاب احد الزوجين أو كلاهما , وللزوجين أو المصاب منهما حق طلب العلاج[١].

ويبرر هذا الشرط – خاصة في المجتمعات الإسلامية– إن الشريعة الإسلامية لا تعرف إطاراً أخر للإنجاب طرفاه ليسا بزوجين , كأساس لتكوين الأسرة , ومن ثم لا تعترف للعلاقات الحرة للشواذ أو الأرملة أو المطلقة أو العزباء بأي اثر على مشروعية الإنجاب[٢]. والقول بغير ذلك من شانه اختلاط الأنساب وشيوع الفاحشة (الزنا) , وما ينجم عن ذلك كله من دمار للأسرة خاصة وللمجتمع عامة[٣] .

إن اشتراط توافر العلاقة الزوجية في عملية التلقيح الصناعي يكاد أن يكون مقــصورا على المجتمعات الإسلامية دون المجتمعات الأخرى وخاصة الغربية منها. ففي الدول الأوروبية والأمريكية أصبح يُطالب بحق اللجوء إلى التلقيح الصناعي بعض الأشخاص الذين لا تــربطهم علاقة زوجية , وإنما يعيشون معا في ظل علاقة غير مشروعة , بل طالبت به أيــضاً بعــض النساء غير المتزوجات , والذين يرغبون في الحصول على ولد دون إقامة علاقة جنــسية مــع رجل , وكذلك بعض النساء الذين يعانون من مرض السحاق ويعيشون معا[٤] .

لقد تباينت التشريعات الأوروبية بخصوص إجازة التلقيح الصناعي فيما بين الــزوجين والتلقيح الصناعي بين غير الزوجين وكذلك للمرأة العزباء أو الأرملة وقد انقسموا إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: ساوى فيه المشرع بين التلقيح الصناعي فيما بين الــزوجين وغيرهمــا (العلاقات الحرة) وذلك من حيث إباحته , فلم يشترط المشرع الفرنسي لمشروعية ذلك التلقــيح خارج العلاقة الزوجية سوى استمرار العلاقة الحرة فترة زمنية معينة قدرها سنتين[٥]. ولم يجز

---

[١] احمد , محمد لطفي احمد , **التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وأراء الفقهاء** , ط١ , دار الفكر الجامعي , الإسكندرية , ٢٠٠٦ م , ص ٨٤

[٢] زهرة , **الإنجاب الصناعي** , مرجع سابق , ص ٣٧. عبدالمجيد , **النظام القانوني** , مرجع سابق , ص ٤٦

[٣] طه , **الإنجاب** , مرجع سابق , ص ١٠٦

[٤] زهرة , **الإنجاب الصناعي** , مرجع سابق , ص ٣٧

[٥] المادة ٢/١٥٢ , **قانون الصحة الفرنسي** , مرجع سابق .

المشرع الفرنسي التلقيح للمرأة العزباء لأنه اشترط أن يكون التلقيح بين زوجين[1]. أما المشرع الاسباني[2] فلم يشترط سوى رضا الصديق بالتلقيح بنطفة الغير , والمقيد في سجلات المراكز المرخص لها بالعمل في هذا الحقل . كما أباح المشرع الاسباني للمرأة التي تحيا بمفردها وترغب بالإنجاب دون الاتصال بأي رجل بشكل شرعي أو غير شرعي انه يمكنها اللجوء لأي مؤسسة مختصة للاستفادة من هذه التقنيات الاستفادة من تقنيات التلقيح الصناعي[3] .

الاتجاه الثاني: يقيد الاستفادة من التلقيح الصناعي لغير الأزواج بشروط معينة كالتشريع الألماني الذي يشترط لإباحة ذلك للعلاقات الحرة موافقة اللجنة الإقليمية المختصة والتابع لها محل إقامة الأطراف على طلبهم بذلك[4].

ثانيا:- رضا الزوجين

يشترط لإباحة التلقيح الصناعي فيما بين الزوجين رضاهما على الإنجاب الصناعي باعتبارهما طرفا عملية التلقيح وناتج هذه العملية (المولود) ينسب إليهما. وان هذا الشرط بديهي فالولد يحمل اسم أبوية , ومن ثم يجب رضاء كل منهما صراحةً أو ضمناً قبل إجراء عملية التلقيح , فالأبوة والأمومة مسألة اختيارية وليست إجبارية , كما أن مصلحة الولد تقتضي توافر مثل هذا الشرط لأنه إذا تمت العملية دون رضا احد الزوجين , فيأتي الولد غير مرغوب فيه من الزوج الذي لم يوافق على الإنجاب , بل قد يلجأ الزوج على إنكار نسب الطفل مع ما يترتب على ذلك من آثار ضارة بالطفل حتى لو رفضت دعوى إنكار النسب , إذ تترك دعوى الإنكار

Art. L. 152-2 L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentants préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination.

وكان المشروع السابق سنة ١٩٨٩يجعل المدة (٥) سنوات في العلاقات الحرة لضمان الاستقرار لهذه العلاقة

www.amp-chu-besancon.univ-fcomte.fr/blefco/nouvelle_brochure_BLEFCO/loi94w1.htm

[1] المادة ٢/١٥٢ , **قانون الصحة الفرنسي** , مرجع سابق

[2] المادة ٢/٧ , **قانون تقنيات المساعدة على الإنجاب الاسباني** رقم ١٩٨٨/٣٥ تاريخ ٢٢ تشرين ثاني ١٩٨٨

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Derogadas

[3] المادة ١/٦ , **قانون تقنيات المساعدة على الإنجاب الاسباني** , مرجع سابق . طه , **الإنجاب** , مرجع سابق , ص ١٠٧

[4] مشار إليه : عبدالمجيد , **النظام القانوني** , مرجع سابق , ص٤٠٧

بل مجرد التفكير فيها أثاراً نفسية واجتماعية سيئة على الطفل , بل وعلى الأم يصعب نـسيانها فيما بعد , فان نتائجها تعتبر كارثة بالنسبة لكل من الأم والطفل[١] .

وقد أجمعت التشريعات على ضرورة الحصول على موافقة الـزوجين علـى التلقـيح الصناعي , واشترطت في الرضا أن يكون صريحاً ومكتوباً وان يتم قبل أي تـدخل مـادي أو معنوي , وخاليا من العيوب التي تشوبه (الغلط , التدليس , الإكراه) , وان يكـون واعيـاً , أي صادر عن بصيرة بمضمون الرضا ومخاطرة ونسبة نجاحه , وان يكون أهلاً لهذا الرضا (بالغ –عاقل) , وان كانت الأهلية المطلوبة هنا هي أهلية الزواج[٢]. وهي ١٨ سنة لكل من الزوجين , إلا انه وفي أحوال معينة تكون ١٥ سنة كما جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني[٣].

لقد نصت بعض التشريعات على هذا الشرط صراحة كما في التـشريع الجزائـري[٤] والتشريع الفرنسي[٥] الذي نص على اشتراط رضا طرفي عملية التلقيح الصناعي (الزوجين أو الصديقين) على إجرائها. علاوة على ذلك نص المشرع الفرنسي على أن يصدر رضا الـزوج (أو الصديق) في شكل رسمي ومحاط بالسرّية , وان يتم ذلك أمام قاضي المحكمة الابتدائيـة أو من يفوضه في ذلك في حالة التلقيح بمساعدة الغير[٦]. أما التشريع الاسـباني فقـد اشـترط أن يصدر الرضا من المرأة التي تلجأ إلى هذه الوسيلة بطريقة حرة واعية وصريحة ومكتوبة , وألا يقل سنها عن ١٨ عاماً , وان تكون متمتعة بأهلية الأداء كاملة , ويجب أن تكون على بـصيرة

---

[١] زهرة , **الإنجاب الصناعي** , مرجع سابق , ص ٣٩

[٢] عبدالرحمن , حمدي , **معصومية الجسد** , بدون طبعة , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٨٧م , ص ٣٢-٣٤ . الفاروق , عمر , التلقيح الصناعي والقانون , **مجلة المحامون** , سوريا , (ع ٥٣) , ١٩٨٨ , ص ٢٤٧

[٣] المادة (٥) , قانون الأحوال الشخصية , مرجع سابق . وتنص على انه " يشترط في أهلية الزواج أن يكـون الخاطب والمخطوبة عاقلين وأن يكون كل منهما قد أتم الثامنة عشرة سنة شمسية إلا أنه يجوز للقاضي أن يأذن بزواج من لم يتم منهما هذا السن إذا كان قد أكمل الخامسة عشرة من عمره وكان في مثل هذا الزواج مـصلحة تحدد أسسها بمقتضى تعليمات يصدرها قاضي القضاة لهذه الغاية "

[٤] المادة ٤٥ (مكرر) , **قانون الأسرة الجزائري** , مرجع سابق

[٥] المادة ٢/١٥٢ , **قانون الصحة الفرنسي** , مرجع سابق

[٦] المادة ٣١١/ ٢٠ , **القانون المدني الفرنسي** , مرجع سابق . وجاء فيها

Article 311-20 "Les époux ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, doivent préalablement donner, dans des conditions garantissant le secret, leur consentement au juge ou au notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation .

بكل المخاطر المحتملة عليها وعلى الحمل , كما يشترط رضا زوجها متى كانت متزوجة وغير منفصلين وان تكتمل في رضا الزوج كافة الشروط المطلوبة في رضا الزوجة"[١]. كـذلك بـين المشرع اللبناني في قانون الآداب الطبية بأنه " لا يجوز إجراء عملية التلقيح الصناعي أو الحمل بواسطة تقنيات الخصوبة المساعدة إلا بين الزوجين وبموافقتهما الخطية[٢].

أما في الأردن ونظرا لان التلقيح الصناعي من الأعمال الطبية لذا يشترط الحصول على رضا طرفية وهما هنا الزوجين حيث أشار الدستور الطبـي– واجبـات الطبيـب وآداب المهنة– إلى ضرورة توافر رضا المريض بالعلاج حيث جاء في المادة الثانية منه " كل عمـل طبي يجب أن يستهدف مصلحة المريض المطلقة وان تكون له ضرورة تبرره وان يتم برضائه أو رضا ولي أمره إن كان قاصرا أو فاقدا لوعيه . كما انه نص مشروع قانون التقنيات الطبية المساعدة على الإنجاب الأردني على انه " يحضر تلقيح الأمشاج إلا بموافقة خطية مـن قبـل الزوجين المعنيين وفق الأنموذج المعد لذلك من الوزارة "[٣].

إن رضا الزوجين يعتبر شرطاً جوهرياً لإجراء عملية التلقيح الصناعي , فان رفض احد الزوجين , أو كلاهما لعملية التلقيح يؤدي إلى استحالة إجرائها , لكن حرية الزوجين في رفض عملية التلقيح تبدو غير مطلقة , أو بمعنى أدق ليست تحكمية , إذ ليس مـن المقبـول ولا مـن المتصور أن يرفض احد الزوجين التلقيح دون مبرر[٤], فهو – أي التلقـيح – وسـيلة لتحقيـق الرغبة في الإنجاب لمن ليس لديه القدرة على الإنجاب الطبيعي فيزول الإحساس بالعقم وبشعر الزوجين بزينة الأبوة والأمومة في الحياة الدنيا[٥]. بالنسبة لرضا الزوجة فهـو لا يثيـر أدنـى مشكلة لأنه ذا شق واحد إلا وهو تخصيب البويضة , أما رضا الزوج فهو رضا لأخذ النطفة منه

---

[١] المادة ٦ , **قانون تقنيات المساعدة على الإنجاب الاسباني** , مرجع سابق

[٢] المادة ٨/٣٠ , **قانون الآداب الطبية اللبناني** رقم ٢٨٨ الصادر في ١٩٩٤/٢/٢٢ . مشار إليـه : ديـات , **عمليات نقل** , مرجع سابق , ص١٧٨ .

[٣] المادة ٦ , **مشروع قانون التقنيات الطبية المساعدة على الإنجاب الأردني لسنة ٢٠٠٧** , مرجع سابق

[٤] اعتبر قضاء الموضوع في فرنسا انه إذا وافقت الزوجة على التلقيح وتأكدت انه لا توجد خطورة عليها مـن إجراء عملية التلقيح وكان الزوج يعاني من عقم وليس عجز وقام الزوج برفض إجراء التلقيح يعتبر خطا مـن جانب الزوج موجبا للطلاق Cass.civ.2e.ch.16dec.1963,D 1964 , P.244 مشار إليـه فـي زهـرة , **الإنجاب الصناعي** , مرجع سابق , ص ٤٠

[٥] زهرة , **الإنجاب الصناعي** , مرجع سابق , ٤٠

(إذ يستحيل اخذ نطفة الرجل دون رضاه). أما طريقة استعمال النطفة فيتصور فيها عدم الرضا[١].

يجب أن يكون الرضا متبادلاً للزوجين , دون أن يتخلف احدهما عن الأخر , فإذا تخلف رضاؤهما معا أو رضا احدهما , يسأل الطبيب لتخلف الغرض العلاجي من التلقيح الصناعي[٢]. ولا يستفاد هذا الرضا من مجرد توجه الزوجين أو احدهما إلى مركز التلقيح الصناعي , بل ينبغي أن يكون الزوجان عالمين ومتبصرين بكل ظروف وملابسات العملية , وما سيترتب عليها من آثار , وان يُفصحا عن موافقتهما بشكل كافٍ[٣]. وفي حالة العدول يشترط أن يعلن عن ذلك صراحة (وقد يكون بشكل كتابي) وان يكون قبل إتمام العملية .

ويرى الباحث انه مع غياب التنظيم التشريعي للتلقيح الصناعي من حيث أحكامه وأثاره , خصوصا بعد انتشاره في الأردن , فالأفضل – في حالة تدخل المشرع – أن ينص على ضرورة إفراغ هذا الرضا في وثيقة مكتوبة وموقعة من قبل الزوجين , وتحفظ لدى الطبيب المعالج , وان يكون الزوجين متواجدين في كل مرحلة من مراحل عملية التلقيح للتأكد من استمرار الرضا وعدم عدول احدهما.

ثالثاً:– أن يتم خلال الحياة الزوجية

يقتضي هذا الشرط أن يتم التلقيح أثناء قيام العلاقة الزوجية وليس بعد انتهاءها , فالتقدم العلمي الذي حققه الأطباء في مجال المساعدة على الإنجاب والتلقيح الصناعي , وذلك بأنهم تمكنوا من إنشاء مختبرات عصرية أطلقوا عليها اسم بنوك الأجنة أو بنوك المني حيث يستطيع الزوج الاحتفاظ بنطفته في هذه البنوك لفترة معينه لاستخدامها في تلقيح زوجته في الوقت الذي يختاره الزوجان ويلجا الزوج إلى الاحتفاظ بنطفته عند خوفه أن ينضب منيه فلا يقدر على الإنجاب أو في حالة إصابته بأحد الأمراض الخطرة . فقد تنتهي العلاقة الزوجية بين الزوجين إما بالطلاق أو الوفاة قبل إتمام عملية التلقيح للزوجة . فهنا يثار التساؤل عن أحقية الزوجة في

---

[١] احمد , **التلقيح الصناعي** , مرجع سابق , ص ٨٥

[٢] الهريش , فرج صالح , **موقف القانون من التطبيقات الطبية الحديثة** , ط ١, الدار الجماهيرية للنشر, بنغازي , ١٩٩٦م , ص٢٤٩

[٣] الشلتاوي , محمد عبدالله , **استجابة قانون العقوبات لمقتضيات التقدم العلمي في التخلص من أجنة أطفال الأنابيب** , ط١, دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٩٢ , ص ٧٨

المطالبة بإجراء عملية التلقيح من مني زوجها بعد انتهاء العلاقة الزوجية ؟ للإجابة على هــذا التساؤل فقد كان هناك اتجاهان حول هذا الشرط وهما:

الاتجاه الأول: مشروعية تلقيح الزوجة صناعيا بمنى زوجهــا بعــد انتهــاء العلاقــة الزوجية بالوفاة .

اقر المشرع الاسباني بمشروعية التلقيح الصناعي بعد وفاة الزوج , حيث يعتبر التشريع الاسباني أول القوانين الأوروبية الذي ينص على حق الأرملة (والمرأة العزباء كما رأينا سابقا) في استخدام نطفة زوجها المتوفى , حيث أجاز للأرملة استعمال نطفة زوجها المتوفى خلال ستة أشهر من وفاته إذا كان زوجها ارتضى ذلك قبل وفاته , وأثبت ذلك بعمل رسمي أو وصية [١]. كما أباح المشرع البريطاني للأرملة التلقيح الصناعي بمنى زوجها المتوفى متى كان الزوج قــد وافق على ذلك كتابة قبل وفاته[٢].

أما **القضاء** فأنني لم أجد أي حكم للقضاء الأردني أو العربــي لحداثــة الموضــوع . إلا انــه وباستعراض القضاء الفرنسي فنجد حكم قديم عام ١٩٨٤ في قضية تتلخص وقائعهــا فــي أن زوجا أودع نطفته لحفظها في مركز الدراسات وحفظ السائل المنــوي الإنــساني ***C.E.C.O.S*** (Centre d`etudes et de conservation du sperme humain) في فرنسا, من اجــل استخدامها في تلقيح زوجته بعد ذلك. لكن الزوج توفي قبل إجراء عملية التلقيح , فطلبت زوجته من المركز تسليمها نطفة زوجها وإجراء عملية التلقيح " تخليدا لذكرى زوجها " لكــن المركــز رفض الاستجابة لطلب الزوجة , فرفعت الأمر أمام القضاء الذي استجاب لطلبها على أساس انه : "... ليس في شروط إيداع وحفظ نطفة الزوج المتوفى , ولا في تلقيح أرملته ما يمنع ذلــك , كما انه لا يتعارض مع القانون الطبيعي ولا مع أهداف الزواج وهو الإنجاب...."[٣]. فقد أجازت

---

[١] المادة ٢/٩ , **قانون تقنيات المساعدة على الإنجاب الاسباني** , مرجع سابق . احمد , **التلقــيح الــصناعي** , مرجع سابق , ص ١٠٤

[٢] المادة ١/٣٩ , **قانون الخصوبة والأجنة البشرية لسنة ٢٠٠٨**

www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22

[٣] Trib. Grand, inst. De Creteil, ler aout, J.C.P.,1984, 2,20321 , note Corne , Rev. Trim.dr.Civ, 1984, 1984, P 708, obs. J. Robert

مشار إليه : زهرة , **الإنجاب الصناعي** , مرجع سابق , ص ٤٧

المحكمة للزوجة الحصول على نطفة زوجها , ومن ثم إجراء عملية التلقيح بعد وفاة الزوج , لا لشيء سوى انه ليس في القانون الطبيعي ما يمنع ذلك , وان الإنجاب هو احد أهداف الزواج.

أما الفقه فيغلب عليه الفقه الفرنسي بالمشروعية وقد استندوا في ذلك إلى أن المرأة من حقها تبني طفلاً وفقا للقانون الفرنسي , حيث سمح لها متى كانت تعيش بمفردها تبني طفلاً بشروط معينه , كما واستندوا إلى أن المشرع الفرنسي أباح للمرأة التلقيح بنطفة متبرع مجهول وهذا يبرر من باب أولى متى كانت النطفة لزوجها قبل وفاته[١]. ويرى الدكتور عبدالعزيز الخياط بجواز التلقيح من مني الزوج بعد وفاته إلا أنها غير مستحبة[٢]. ومنهم من أجاز للمرأة أن تستدخل مني زوجها المتوفى عنها وذلك أثناء عدتها ما دامت متأكدة من انه مني زوجها , ولم يستبدل أو يختلط بغيره , واشترطوا على الزوجة أن تُشهد على أنها قد أخذت مني زوجها من مصرف المني , وتكون الشهادة عند إيداع مني الزوج وعند استخراجه وتكون الشهادة من ذوي الخبرة والمعرفة القطعية[٣].

الإتجاه الثاني : عدم مشروعية تلقيح الزوجة صناعيا بمنى زوجها بعد إنتهاء العلاقة الزوجية بالوفاة.

نص المشرع الجزائري[٤] والمشرع الفرنسي[٥] صراحة على هذا الشرط , مما يعني عدم جواز التلقيح بعد انتهاء العلاقة الزوجية . ونفس الموقف اقره التشريع الألماني في المادة (٣/٤) من القانون الصادر في ١٩٩٠/١٢/١٣ حيث حظر تخصيب أي بويضة بمني رجل متوفى , ولا يختلف الأمر بالنسبة للقانون النرويجي أو السويدي , فانه لم يوجد نص صريح على الحظر أو الإباحة فانه بمفهوم المخالفة يتبين موقف المشرعين فقد نص الأول على أن الإخصاب لا يتم إلا لإمرأة متزوجة وبشرط رضائها مع زوجها قبل أي تدخل , والثاني حيث يشترط موافقة الزوج أو الشريك لإتمام العمل الطبي , وهذا يفترض استبعاد المرأة الأرملة أو

---

(١) طه , **الإنجاب** , مرجع سابق , ص١٢٥

(٢) الخياط , عبدالعزيز , **حكم العقم في الإسلام** , بدون طبعة , مطابع وزارة الأوقاف , الأردن , ١٩٨١م , ص ٣٠

(٣) سلامة , **أطفال الأنابيب** , مرجع سابق , ص٨٢

(٤) المادة ٤٥ (مكرر) , **قانون الأسرة الجزائري** , مرجع سابق

(٥) المادة ٢/١٥٢ , **قانون الصحة العامة الفرنسي** , مرجع سابق

العزباء[١]. وكذلك مشروع القانون الأردني حضر اللجوء إلى التلقيح إلا من قبل زوجين على قيد الحياة وفي حالة قيام الزوجية بينهما[٢].

أما **القضاء** فنجد حكم عام ١٩٩٤ للقضاء الفرنسي والذي عدل عن موقفه السابق – جواز تلقيح الزوجة بعد وفاة زوجها – فقد تعرضت محكمة استئناف تولوز للحكم في طلب الزوجة "ماريا رومنيجيو " بتمكينها من زرع البويضة الملقحة من بويضتها زمن زوجها والمجمدة لدى المركز في حياة زوجها داخل رحمها , حيث رفض البنك طلبها هذا استنادا إلى اشتراط الزوجين وقت إيداعهما للبويضة الملقحة بالبنك ألا يتم زرعها إلا بحضورهما معا , كما أن المركز يجب عليه إتلاف هذه البويضة الملقحة في حال انتهاء العلاقة الزوجية بينهما . فقد رفضت المحكمة طلب الزوجة استنادا إلى أن هدف زرع البويضة الملقحة هو الإنجاب وذلك لعلاج أثار العقم لدى الزوجين أو احدهما , وبانعدام هذا المبرر بوفاة الزوج , كما قضت ببطلان أي اتفاقات بين الزوجين على غير ذلك[٣].

أما **الفقه** فقد أيد الفقهاء المسلمون هذا الاتجاه وذلك لانعدام أي أساس شرعي أو قانوني لذلك , فالعلاقة الزوجية انتهت بين الزوجين , ومن ثم لم يعد للزوجة الحق في الإنجاب ممن كان زوجها من قبل , ولا يمكن أن يأخذ مني هذا الزوج لتلقيح زوجته بعد وفاته وتعتبر هذه الطريقة محرمة كما أفتى بذلك المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد في مكة المكرمة في دورته السابعة عام ١٤٠٣ هـ , كذلك إذا انقضت الزوجية بطلاق بائن فانه لا يجوز استخدام المني .

---

[١] مشار إليه : عبدالمجيد , **النظام القانوني** , مرجع سابق , ص ٤١٢ . للمزيد انظر : القانون السويدي رقم ٧١١ في ١٩٨٨/٦/١٤ والخاص بالإخصاب خارج الرحم .

www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/12289619

[٢] المادة ٥ , **مشروع قانون التقنيات الطبية المساعدة على الإنجاب لسنة ٢٠٠٧** , مرجع سابق . حيث نصت على انه " يحضر اللجوء إلى التقنيات الطبية إلا من قبل زوجين على قيد الحياة وفي حالة زواج قائم بينهما بواسطة أمشاج متأتية من كل منهما".

[٣] Tribe Toulouse , 18-4-1974 , J.C.P , IV , no 225

مشار إليه طه , **الإنجاب** , مرجع سابق , ص١٢٩

وكذلك لا يجوز استخدام المني في الطلاق الرجعي إلا إذا أرجعها الزوج وصارت بذلك زوجته مره أخرى وقام بينهما عقد الزوجية من جديد[١].

ولكن يثار هنا التساؤل التالي , ما هي مشروعية التلقيح الصناعي في حالة التلقيح الخارجي إذا شرع الزوجين بعملية التلقيح الصناعي , وخضعت الزوجة لعملية استثارة المبايض وتم سحب البويضات وقام الطبيب المعالج بتلقيح بويضة الزوجة في المختبر بحيوانات الزوج المنوية , وبعد نجاح التلقيح في المختبر وقبل عملية إرجاع الأجنة الملقحة إلى رحم الزوجة توفي الزوج , فهل يجوز للأرملة إرجاع الأجنة واستكمال الحمل ؟

للإجابة على هذا التساؤل يجب معرفة معنى التلقيح هل هو التقاء الحيوان المنوي بالبويضة فقط أم هو التصاق البويضة الملقحة بالحيوان المنوي في الرحم ولو جاء هذا الرحم لاحقا. إذا كان التلقيح بالمعنى الأول فانه يكون قد تم في حياة الزوجين ويجوز أن ينقل الجنين المخصب قبل الوفاة إلى رحم الأرملة , أما إذا كان التلقيح بالمعنى الأخر فانه لا يجوز باعتبار أن التلقيح لم يتم من الزوجين زمن حياتهما لا حياة احدهما بعد الأخر باعتبار أن احدهم وهو الزوج لم يكن حيا زمن حياة الرحم الذي هو ركن من أركان التلقيح[٢].

إلا أن جانب من الفقه يرى مشروعية التلقيح الصناعي في حالة التلقيح الخارجي إذا توفي الزوج في الفترة مابين عملية التلقيح في أنبوب اختبار بعد اخذ النطف من الزوجين وزرع البويضة الملقحة في رحم زوجته , وذلك لان الحمل يتحقق بمجرد التحام النطفة الذكرية بالبويضة الأنثوية داخل أنبوب الاختبار , وما عملية زرع البويضة الملقحة إلا استمرار للحمل , فالحمل لا يبدأ مع عملية الزرع , وإنما يبدأ بمجرد التقاء البذرتين معا , لذلك يكفي للقول بوجود علاقة الزوجية أن تتم عملية التلقيح في الأنبوب والزوج ما زال على قيد الحياة , حتى ولو توفي بعد ذلك , وقبل عملية الزرع , فالإخصاب قد تحقق في حياة الزوج , وهذا يكفي للقول بشرعية الحمل[٣]. ويقاس عليه في حالة وقوع الطلاق في نفس الفترة , كونه اقرب إلى المنطق والواقع ,

---

[١] البار , محمد علي , **التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب** , مجلة مجمع الفقه الإسلامي , ع٢ , ج١ , جدة , ١٩٨٦ , ص ٢٩٠

[٢] الصغير , محمد صالح , **المسؤولية المدنية الطبية في الشريعة الإسلامية والقانون الليبي** , ط١ , المكتب الوطني للبحوث والتطوير , طرابلس , ليبيا , ٢٠٠٤ , ص ١٣٦

[٣] زهرة , **الإنجاب الصناعي** , مرجع سابق , ص ٨٨ .

أما في حالة وفاة الزوجة فهنا يكون أمام الزوج خيار الرحم البديل وهو محرم شرعاً كما سنرى لاحقاً.

ويرى الباحث بعدم مشروعية التلقيح الصناعي بعد انتهاء العلاقة الزوجية بالوفاة حتى ولو كان ذلك قبل عملية إرجاع الأجنة الملقحة – وذلك استناداً إلى انتهاء العلاقة الزوجية التي هي الأساس الشرعي للإنجاب , والى انتفاء الغرض العلاجي في هذه الحالة , كما أن الحمل والإنجاب بعد الوفاة أو الطلاق يثير كثير من الشك والريبة حول الأم , ناهيك على أن الأم حكمت مسبقا على الطفل أن يولد يتيما بإرادتها الحرة وحرمانه من حق الأبوة وان يكون له أب.

رابعاً :- الضرورة الطبية

إن اللجوء للتلقيح الصناعي يعد استثناء محضا , بعد أن فشلت الطرق العادية والطبيعية في تحقيق حلم اثنين في الإنجاب , فهو مرتبط بحالة الضرورة وجودا وعدما , فلا يمكن اللجوء إليه بمحض اتفاق الزوجين بدون هذه الحالة , فهو كعمل طبي لا بد له من هدف وهو علاج عدم الإخصاب لدى احد الزوجين , أو علاج العقم في بعض الحالات , فحالة عدم الإخصاب أو العقم ضرورة مبدئية لا يمكن طرق هذا الباب بدونها[١] . فيعتبر التلقيح الصناعي وسيلة حديثة لعلاج عدم الإنجاب لدى الزوجين أو بالأدق مكافحته بالتغلب على أثاره والحد منها , فالعقم يعتبر بالمعنى الواسع مرض يجوز بل يجب التداوي منه , ومن وسائل هذه العلاج التلقيح الصناعي.

إن لفظ العقم (sterility) أو عدم الإخصاب (infertility) كثيرا ما يستعملان كلفظين مترادفين وهما ليسا كذلك . فالعقم هو عجز حقيقي أو حكمي ظني عن إنجاب الزوجين معا أو احدهما , والزوجة في سن يمكنها الإنجاب به عادة[٢] . وقد عرف مشروع قانون استخدام التقنيات الطبية المساعدة على الإنجاب الأردني لسنة ٢٠٠٧ العقم بأنه هو " عدم القدرة على الحمل لوجود مانع أساسي طبي مطلق عند احد الزوجين أو كليهما" [٣]. أي ليس له علاج ناجح حتى الآن , الذي ينتج عن جملة من الأمراض الخلقية والوراثية الشديدة التي تصيب الجهاز

---

[١] عبدالمجيد , **النظام القانوني** , مرجع سابق , ص ٤٤٥

[٢] منصور , **الأحكام الطبية** , مرجع سابق , ص ٧٢

[٣] المادة ٢ , **مشروع قانون التقنيات الطبية المساعدة على الإنجاب لسنة ٢٠٠٧** , مرجع سابق

التناسلي كغياب الخصية أو ضمورها أو عدم وجود المبيض أو شذوذ تكوينـــه[١]. أمـــا عـــدم الإخصاب أو قلة الإخصاب فهو تعبير يشمل كل الحالات التي يمكن أن تعالج[٢]. ويعرف ايضاً عدم الإخصاب بأنه "عدم حدوث حمل بعد مرور اثني عشر شهرا من الحياة الزوجية المتــصلة بوجود جماع دون استعمال أي موانع للحمل أو عدم حدوث الحمل لوجود عوائق أساسية مثبتـــة طبيا[٣]. فإذا مضت المدة المذكورة دون حصول حمل خلالها فهذا يعني وجود عائق يحول دون الإنجاب, ويكون من الضروري البحث عن أسبابه توطئة لعلاجه . فالعقم كمرض يجب العمــل على التداوي منه ويمكن – من الناحية الطبية – علاج العقم بالوسائل الطبية الأخرى تــؤدي – في حالة نجاحها – إلى الشفاء التام منه ومن ثم إمكانية الإنجاب بالطريق الطبيعي , أما التلقــيح الصناعي فلا يعد بالمعنى السابق علاجا فهو لا يؤدي إلا إلى التغلب على أثار العقم دون الشفاء منه , ومن ثم يجب تكرار التلقيح الصناعي كلما تجددت الرغبـــة فـــي الإنجـــاب[٤]. فـــالتلقيح الصناعي دور احتياطي إذا كانت عدم القدرة على الإنجاب مستحيلة.

وبموجب هذا الشرط إذا نجح الأطباء في علاج العقم أو عدم الخصوبة لدى الـــزوجين بالطرق التقليدية , فان ذلك يعني قدرتهما على الإنجاب الطبيعي , ففي هـــذه الحالـــة لا يجـــوز اللجوء إلى التلقيح الصناعي لانعدام ضرورته , فهو وسيلة استثنائية للإنجاب تـــستهدف عـــلاج أثار العقم الذي يعاني منه الزوجان , دون أن يستهدف أي عناية أخرى[٥].

وقد بين المشرع الاسباني إن من أهداف تقنيات المساعدة على الإنجاب هو مكافحة العقم الإنساني , لتسهيل الإنجاب إذا لم تثمر الطرق العادية عنه ولو مع العلاج[٦].

أما المشرع الفرنسي نص على أن المساعدة الطبية على الإنجاب موضوعها هو علاج العقم[٧], وأن الخروج على هذه الغاية يعد جريمة عقوبتها الحبس خمسة سنوات والغرامة ٥٠٠

---

[١] الهريش , **موقف القانون** , مرجع سابق , ص ١٨١

[٢] السباعي, زهير احمد والبار, محمد علي , **الطبيب أدبه وفقهه** , ط١ , دار القلم , دمـــشق , ١٩٩٣م , ص ٣٣٠.

[٣] المادة ٢ , **مشروع قانون التقنيات الطبية المساعدة على الإنجاب لسنة ٢٠٠٧** , مرجع سابق

[٤] زهرة , **الإنجاب الصناعي** , مرجع سابق , ص ٥٢

[٥] طه , **الإنجاب** , مرجع سابق , ص ١١٢

[٦] المادة ١ , **قانون تقنيات المساعدة على الإنجاب الاسباني** , مرجع سابق

[٧] المادة ٢/١٥٢ , **قانون الصحة الفرنسي** , مرجع سابق

فرنك[١]. كما نص مشروع القانون الأردني على انه يتم اللجوء إلى التلقيح لمعالجة عدم الخصوبة[٢]. وهو ما عبر عنه المجلس الفقهي في مكة المكرمة دورته الثامنة بقولة " .... فان المجلس ينصح الحريصين على دينهم ألا يلجئوا إلى ممارسته إلا في حالة الضرورة القصوى , وبمنتهى الاحتياط والحذر من اختلاط النطف أو اللقائح ...."[٣]

وترتيباً لذلك فقد اتفقت معظم التشريعات على افتراض وجود ضرورة طبية كشرط اللجوء للتلقيح الصناعي , فلا يجوز إجراء التلقيح الصناعي إلا بهدف علاج العقم والوصول إلى الإنجاب , ولا يجوز التلقيح أو تخليق بويضات لغرض الأبحاث العلمية , كما لا يجوز إذا استهدف الزوجين اختيار جنس المولود[٤]أو للشهرة أو حب التجربة , فان اللجوء في هذه الحالة إلى التلقيح الصناعي يعد غير مشروعا لعدم توفر شروط المشروعية أي حالة العقم لدى الزوجين أو احدهما , وهذا ما جاء في مشروع قانون التقنيات الطبية المساعدة على الإنجاب الأردني لسنة ٢٠٠٧[٥]. وكذلك حظر المشرع الفرنسي أي عمل يهدف إلى اختيار جنس الإنسان , أو التلاعب في الخصائص الجينية للخلف , حيث أضاف فصل جديد بعنوان جرائم

Art. L. 152-2. - L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple. Elle a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué.

[١] المادة ١٤/١٥٢ , **قانون الصحة الفرنسي** , مرجع سابق

Art. L. 152-14. - Le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation à des fins autres que celles définies à l'article L. 152-2 est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.

[٢] المادة ٤ , **مشروع قانون التقنيات الطبية المساعدة على الإنجاب لسنة ٢٠٠٧** , مرجع سابق , وتنص على انه "يتم استخدام التقنيات الطبية بناء على طلب خطي من الزوجين بقصد تدارك عدم الخصوبة لديهما".

[٣] مجلة مجمع الفقه الإسلامي , الدورة الثانية , ع ٢ , ج ١, ١٩٨٦ , جدة , ص ٣٢٨

[٤] الفرض هنا أن التلقيح الصناعي قد تم بين زوجين لديهم أصلا القدرة على الإنجاب بهدف العمل على التحكم في النطفة بما يؤدي إلى تحسين النسل . زهرة , **الإنجاب الصناعي** , مرجع سابق , ص ٥٠ . منصور , محمد حسين , **المسؤولية الطبية** , بدون طبعة , دار الجامعة الجديدة للنشر , الإسكندرية , ١٩٩٩م , ص ٦٧

[٥] المادة ١١ /أ , **مشروع قانون التقنيات الطبية المساعدة على الإنجاب لسنة ٢٠٠٧** , مرجع سابق . وتنص على انه "يحظر استخدام التقنيات الطبية لغايات تجارية أو لغايات انتقاء الجنس أو النسل للجنينين". إلا انه في الواقع العملي الطبي يتم استخدام التقنيات المساعدة على الإنجاب في تحديد جنس المولود.

الأخلاق ويعاقب بالأشغال الشاقة عشرة سنوات والغرامة ١٥٠ يورو[٦] . كما نص المشرع الاسباني على حظر تخليق بويضات إنسانية مخصبة لأغراض الأبحاث والتجارب أو لاستعمالها "كقطع غيار" إنسانية , أو أي غرض أخر غير الإنجاب واعتبر اختيار جنس المولود أو التلاعب بالجينات جريمة معاقب عليها[١].

وهنا يثور التساؤل التالي , هل العقم هو المبرر الوحيد للجوء للتلقيح الصناعي؟

اتفقت التشريعات على الإجابة بالنفي على هذا التساؤل , حيث أوردت حالة أخرى يمكن – في حال توفرها – اللجوء للتلقيح الصناعي , ألا وهي وجود مرض وراثي يخشى نقله للطفل , وهو ما اصطلح على تعريفه " بتحسين النسل " وهو يختلف عن اختيار الجنس , أي طفل حسب رغبة الزوجين , ولا علاقة له بالنواحي الطبية . فقد نص القانون الفرنسي[٢] والاسباني[٣]ومشروع القانون الأردني[٤]على تحسين النسل لوجود أمراض وراثية . فيجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الصناعي في حالة وجود مرض وراثي لديهما يصيب احد الجنسين دون الآخر , فإذا كان المرض الوراثي يصيب الذكور دون الإناث أو العكس جاز لهما اللجوء إلى التلقيح الصناعي للحصول على طفل سليم غير مصاب بالمرض الوراثي .

---

[٦] المادة ١/٥١١ , **قانون العقوبات الفرنسي** , المعدلة بالقانون رقم ٢٠٠٤/٨٠٠ تاريخ ٢٠٠٤/٨/٦

Article 511-1 "Est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 Euros d'amende le fait de se prêter à un prélèvement de cellules ou de gamètes, dans le but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne, vivante ou décédée".

www.ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/code_penal/partie_legislative_5.htm

[١] المادة٢/٢٠ , **قانون تقنيات المساعدة على الإنجاب الاسباني** , مرجع سابق .

[٢] المادة ٢/١٥٢ , **قانون الصحة الفرنسي** , مرجع سابق

Art. L. 152-2.... . Elle peut aussi avoir pour objet d'éviter la transmission à l'enfant d'une maladie d'une particulière gravité.

[٣] المادة٣/١ , **قانون تقنيات المساعدة على الإنجاب الاسباني** , مرجع سابق .

[٤] المادة ١٠ , **مشروع قانون استخدام التقنيات الطبية المساعدة على الإنجاب لسنة ٢٠٠٧** , مرجع سابق , وتنص على انه " يحظر استخدام التقنيات الطبية المساعدة في أي مما يلي :–

أ– انتقاء الجنس ويستثنى من الحظر الأسباب التي تتعلق بالأمراض الوراثية المرتبطة بجنس الجنين .

ب– انتقاء النسل .

ت– الاتجار

خامساً :–اعتقاد الطبيب نجاح عملية التلقيح الصناعي .

وبمقتضى هذا الشرط يجب أن يغلب على اعتقاد الطبيب المعالج نجاح العملية وان لا ينجم عن ذلك خطر جسيم يهدد صحة الأم أو الجنين , وان كان هذا الشرط مفترضا دائما , ولضمان نجاح عملية التلقيح الصناعي في تحقيق الغرض منها (الإنجاب) أو على الأقل هناك احتمالات معقولة لنجاح العملية , فقد نصت بعض التشريعات على عدد من الشروط التي بمقتضاها يؤدي إلى تحقيق هذا الشرط , وهي :

أ– أن يعهد بعمليات التلقيح الصناعي إلى أطباء على درجة عالية من المهارة والخبرة مرخص لهم القيام بهذه العمليات , وان تجري هذه العمليات داخل مراكز طبية متخصصة ومجهزة ومرخص لها القيام بهذه العمليات . فقد نص المشرع الفرنسي على أن التلقيح والزرع يجب أن يتم داخل المؤسسات الصحية العامة أو في معامل التحاليل البيولوجية [١] . كما نص قانون الإخصاب البريطاني على ضرورة ممارسة هذه العملية في إحدى المؤسسات الصحية المرخص لها بذلك وتحت رقابة القائمين عليها , واشترطت الفقرة الثانية من نفس المادة تخصص دقيق في الأطباء القائمين بهذه العملية[٢]. كما اشترط مشروع القانون الأردني على أن تتم هذه العمليات داخل مراكز متخصصة وعلى أيدي أطباء اختصاص مؤهلين[٣]. وهذا الشرط اشترطته أيضا نقابة

---

[١] المادة ١٨٤ /١ , **قانون الصحة الفرنسي** , مرجع سابق

Art. L. 184-1.

- Les activités cliniques d'assistance médicale à la procréation, à l'exception de l'insémination artificielle, ne peuvent être pratiquées que dans des établissements de santé .
- Les activités biologiques d'assistance médicale à la procréation ne peuvent être pratiquées que dans des établissements publics de santé et des laboratoires d'analyses de biologie médicale.

[٢] المادة ١/١٢ , **قانون الخصوبة وعلم الأجنة لسنة ٢٠٠٨** , مرجع سابق

[٣] المادة١٤ , **مشروع قانون استخدام التقنيات الطبية المساعدة على الإنجاب لسنة ٢٠٠٧** , مرجع سابق .

تنص على انه " يشترط عند استخدام التقنيات الطبية المساعدة على الإنجاب ما يلي :–

أ– أن تتم الإجراءات في مؤسسة صحية مرخصة تتوافر فيها الشروط والمواصفات الفنية اللازمة لذلك

ب– إجراء جميع الفحوصات والتحاليل المخبرية اللازمة لمعرفة الوضع الطبي للزوجين المعنيين ٠

الأطباء المصرية عندما وضعت مواصفات مراكز التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب كما اشترطت في مدير المركز أن يكون حاصلا على شهادة دكتوراه أمراض النساء والتوليد أو الأمراض التناسلية والعقم أو في طب جراحة أمراض الذكورة والتناسل , مع خبرة خمس سنوات على الأقل بعد الدكتوراه , مع ضرورة وجود تخصص أخر من التخصصات الثلاثة السابقة مخالف لتخصص المدير[١].

ب- موافقة لجنة طبية على إجراء التلقيح الصناعي وهو ما افرد له المشرع الفرنسي فقره مطولة من القانون لهذا الشرط وجعله مبدئيا لهذه العمليات , بحيث لا يمكن الشروع في العمل الطبي دون استيفائه , حيث اشترط على ضرورة إجراء مقابله لأي زوجين (أو صديقين) يرغبان في اللجوء لأي من وسائل الإنجاب الصناعي مع فريق طبي متعدد التخصصات الذي يجب عليه أن يفحص دوافع الرجل والمرأة للإقدام على هذا الطريق , وما إذا كان طريق التبني مفتوحا أمامهما أم لا ؟ ولماذا تم اختيار هذه الطريق , وإذا رفضت اللجنة الطبية طلب من يرغب في إجراء عملية التلقيح الصناعي , فمن حقه أو حقها استئناف طلبها هذا أمام لجنة طبية خاصة[٢]. كما نص على ذات الحكم المادة ٥

ت- توافر فريق طبي وعدد من الفنيين المؤهلين للقيام بالإجراءات اللازمة لاستخدام هذه التقنيات •

[١] عبدالمجيد , **النظام القانوني** , مرجع سابق ص ٤٨٣

[٢] المادة ١٠/١٥٢ , **قانون الصحة الفرنسي** , مرجع سابق

Art.L.52-10. - La mise en oeuvre de l'assistance médicale à la procréation doit être précédée d'entretiens particuliers des demandeurs avec les membres de l'équipe médicale pluridisciplinaire du centre, qui peut faire appel, en tant que de besoin, au service social institué au titre VI du code de la famille et de l'aide sociale ."Ils doivent notamment :

- Vérifier la motivation de l'homme et de la femme formant le couple et leur rappeler les possibilités ouvertes par la loi en matière d'adoption;
- Informer ceux-ci des possibilités de réussite et d'échec des techniques d'assistance médicale à la procréation, ainsi que de leur pénibilité ;
- La demande ne peut être confirmée qu'à l'expiration d'un délai de réflexion d'un mois à l'issue du dernier entretien .
- La confirmation de la demande est faite par écrit .
- La mise en oeuvre de l'assistance médicale à la procréation est subordonnée à des règles de sécurité sanitaire définies par décret en Conseil d'Etat .

من القانون النرويجي والمادة ٣ من القانون السويدي الذي نص في حالة رفض العلاج يمكن استئناف القرار أمام الإدارة القومية للصحة العامة حيث يكون قرارها نهائيا[١].

ت- قيام الطبيب بفحص كامل للزوجين قبل إجراء عملية التلقيح للتأكد من وجود رحم سليم لدى الزوجة , أو على الأقل مبيض واحد يمكن الوصول إليه عن طريق التنظير حتى لا يحدث الحمل خارج الرحم[٢]. والتأكد من وجود عدد كافٍ لدى الزوج من الحيوانات المنوية الصالحة للإخصاب ومن قدرة المبيض أو المبايض على إنتاج بيضة إما تلقائيا أو بواسطة الأدوية المنشطة[٣] , وكلما كان عمر الزوجين اصغر كلما كانت نسبة حدوث حالات منغولية في الطفل (تشوهات خلقية) اقل وفرصة النجاح اكبر.

ث- ضرورة حرص الطبيب الشديد من اختلاط الأنساب نتيجة اختلاط النطف والبويضات , فلقد مكنت التقنيات الطبية من التعامل المباشر مع الخلايا التناسلية بعد أن كانت تتلاقى فطريا في مهبل المرأة ليحصل التلاحم في خفاء وسرية تامة , أما والحال في الإخصاب الصناعي , فان الخلايا التناسلية تكون تحت السيطرة التامة للطبيب , الذي يقوم بتخليق التحام صناعي بينهما , ولا رقيب عليه في ذلك إلا ضميره التي يجب أن تلقى عليه هذه الأخيرة التزاما أساسيا بالانتباه والحرص الشديدين من احتمال اختلاط الخلايا التناسلية مما قد ينتج عنه ميلاد طفل لا يعرف نسبه , الأمر الذي يشكل كارثة اجتماعية ويسبب عقبات شرعية وقانونية من العسير أن يتفق على حلول نهائية بشأنها[٤].

- L'assistance médicale à la procréation ne peut être mise en œuvre par le médecin lorsque les demandeurs ne remplissent pas les conditions prévues par le présent chapitre ou lorsque le médecin, après concertation au sein de l'équipe pluridisciplinaire, estime qu'un délai de réflexion supplémentaire est nécessaire aux demandeurs dans l'intérêt de l'enfant à naître .
- Les époux ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur doivent préalablement donner, dans les conditions prévues par le code civil, leur consentement au juge ou au notaire

[١] القانون السويدي رقم ٧١١ في ١٩٨٨/٦/١٤ , مرجع سابق . انظر أيضا : عبدالمجيد , **النظام القانوني**, مرجع سابق , ص ٤٤٤ .

[٢] طه , **الإنجاب** , مرجع سابق , ص ١١٤

[٣] سلامة , **أطفال الأنابيب** , مرجع سابق , ص ٦١

[٤] هيكل , **النظام القانوني للإنجاب** , مرجع سابق , ص ١٩٧ .

المبحث الثاني

أنواع التلقيح الصناعي

لم يعد التلقيح الصناعي مقصوراً على طريقة دون أخرى أو على شكل دون أخر, بل قد تعددت طرقه وتنوعت أشكاله وحسب حالة العقم الطبي الذي يصيب الرجل أو المرأة , بل أيضا حسب درجة التطور العلمي في مجال الطب الذي نشهد له كل يوم انجازا جديدا. فقد تعددت التقسيمات باختلاف الزاوية التي ننظر منها إليها , فإذا نظرنا إلى مكان الإخصاب قسمناه إلى تلقيح صناعي داخلي وأخر خارجي (١). وإذا نظرنا إلى مادة التلقيح (المني والبويضة) قسمناه إلى تلقيح بماء الزوجين وأخر ماء غير الزوجين , وإذا نظرنا إلى سبب التلقيح قسمناه إلى وسائل لمعالجة ضعف خصوبة الرجل وأخرى لمعالجة ضعف خصوبة المرأة أو لتحديد جنس الجنين , وإذا نظرنا إليه من زاوية محل الحمل قسمناه إلى تلقيح داخل رحم الزوجة وتلقيح داخل رحم الغير وأخر داخل أنبوب اختبار.(٢)

وقد ظهر من خلال الدراسات النظرية العلمية والتطبيقات العملية وخاصة في الدول الأوروبية والولايات المتحدة الأمريكية واستراليا وغيرها إن هناك أشكالا متعددة من التلقيح الصناعي وسوف أتعرض لهذه الأشكال بفض النظر عن كونها حلالا أو حراما , وعلية سأقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين .

المطلب الأول : التلقيح الصناعي الداخلي

المطلب الثاني : التلقيح الصناعي الخارجي

---

(١) النتشه , محمد بن عبدالجواد حجازي , **المسائل الطبية المستجدة في ضوء الشريعة الإسلامية** , ط١ , ج١ , سلسلة إصدارات الحكمة , بريطانيا , ٢٠٠١م , ص ١٦٣

(٢) طه , **الإنجاب** , مرجع سابق , ص ٩١

المطلب الأول

التلقيح الصناعي الداخلي

التلقيح الداخلي هو نقل المني صناعيا من ذكر الرجل إلى مهبل الأنثى بقصد إحداث الحمل , وهو أيضا عملية طبية تتمثل في إخصاب المرأة عن طريق حقن السائل المنوي لزوجها أو لأحد الأغيار(في الدول التي تسمح بذلك) في المكان المناسب من الرحم يستوي بعد ذلك أن تكون النطفة المستخدمة في عملية التلقيح طازجة أو مجمده[١].

إن هذه الطريقة تعد أول وأقدم الطرق التي اهتدى إليها علماء التناسل البشري , وتقوم على محاولة قذف الحيوانات المنوية داخل الرحم بواسطة أوعية مخبريه , عندما لا تكون عملية القذف ممكنة بطريقة المباشرة الطبيعية المألوفة , لوجود أسباب تحول دون وصول السائل المنوي إلى مستقره مما ينتج عنه عدم إتمام عملية الإخصاب[٢].

وتستخدم في عملية التلقيح هنا نطفة الزوج نفسه ، وذلك لتلقيح بويضة زوجته وتستخدم هذه الوسيلة– عملياً– في حالة عجز الزوج عن إقامة علاقة جنسية طبيعية مع زوجته , أي إذا كان في الزوج قصور لسبب ما عن إيصال ماءه في المواقعة إلى الموضع المناسب في مهبل زوجته لحدوث الحمل الطبيعي , آو لكونه سريع الإنزال , أو أن السائل المنوي للزوج ليس بالكم أو النوعية الكافية لإتمام عملية الإخصاب و تلقيح البويضة المؤنثة[٣]. وفي هذا الغرض يعمل الأطباء على جمع هذه الحيوانات المنوية الصالحة على فترات وتجميدها فترات زمنية إلى أن يتم تجميع الأعداد الكافية للتلقيح ، وحينئذ تحقن في مهبل الزوجة[٤]. ومتى تم إدخال الحيوانات المنوية في الرحم بنجاح , فإن الأمور تسير بعد

---

[١] احمد , **التلقيح الصناعي** , مرجع سابق ,ص ٦٤

[٢] الهريش , **موقف القانون** , مرجع سابق , ص ١٩٦ .

عرف الفقه الإسلامي صورة مماثلة للتلقيح الصناعي , وتعرف بالإستدخال وهي العملية التي تقوم بها الزوجة أو الأمة من إدخال نطفة زوجها أو سيدها في رحمها بيدها أو بغيرة دون الطريق الطبيعي لذلك .

[٣] عبدالله , هاشم جميل , **زراعة الأجنة في ضوء الشريعة الإسلامية** , مجلة الرسالة الإسلامية , القسم الثاني , العدد ٢٢٩ , تموز ١٩٨٩ , ص ٦٩

[٤] زهرة , **الإنجاب الصناعي** , مرجع سابق , ص ٢٣

ذلك كما لو كان التلقيح طبيعيا حيث تلتقي نطفة الزوج التي تم حقنها التقاءً طبيعياً ببويضة الزوجة ويتم التلقيح بينهما[١]**.ومن** صور التلقيح الداخلي :-

اولاً :- التلقيح الصناعي الداخلي بين الزوجين .

يتم التلقيح في هذه الحالة عن طريق حقن السائل المنوي للـزوج في الليلـة السـابقة للتبييض في المكان المناسب من الرحم , وتتميز هذه الحالة بأنها تقترب من الإنجاب الطبيعي , ويتم اللجوء إلى هذه الطريقة عندما يكون الاتصال الجنسي بين الزوجين بالشكل الكامل غيـر ممكن أو يكون الزوج مصابا بالارتخاء أو القذف السريع أو تكون مكونات السائل المنوي غير طبيعية[٢].

إن هذه الطريقة تعطي فرصة كبيره لحدوث الحمل كونـه خـلال الرحلـة الطبيعيـة للحيوانات المنوية للزوج يهلك الكثير منها , أما في التلقيح الداخلي فتحافظ الحيوانـات المنويـة على عددها كون الرحلة اقصر إلى طرف قناة فالوب , كما أن الوقت المستغرق لتلقيح البويضة اقل .

إن الأصل أن تجري عملية التلقيح الطبيعي بين الـزوجين لا غيرهمـا , وان التلقـيح الداخلي يجب أن يتم بين خليتين تناسليتين (الحيوان المنوي والبويضة) مستمدتين مـن رجـل وأمراه يربط بينهم وقت إجراء التلقيح زواج شرعي إذا كان هناك أسباب إلى اللجوء إلى هـذه الطريقة , **فما هو مدى مشروعية هذه الطريقة ؟.**

لقد التزمت التشريعات العربية الصمت في مسالة التلقيح الصناعي الداخلي فلم تتعرض لهذه المسالة لا بالإباحة ولا بالتجريم ومن ثم يترك الأمر للفقه والقضاء باستثناء التشريع الليبي والجزائري الذين نصا صراحة على التلقيح الصناعي , حيث كان هناك عـدة اتجاهـات فـي مشروعية التلقيح الصناعي:-

---

[١] باشا, حسان شمسي والبار, محمد علي , **مسؤولية الطبيب بين الفقه والقانون** , ط١, دار القلـم , دمـشق , ٢٠٠٤ , ص ١٢٥

[٢] طه , **الإنجاب** , مرجع سابق , ص ٩٢

الاتجاه الأول : انفردت به بعض التشريعات العربية كالتشريع الليبي بإضـــافة مـــادتين جديدتين إلى قانون العقوبات الليبي برقمي ٤٠٣ مكررة (أ) و (ب)[١] , فقد نصت المادة(٤٠٣ مكرر أ) على أن " كل من لقح امرأة تلقيحا صناعيا بالقوة أو بالتهديد أو الخداع , يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات , وتكون العقوبة السجن لمدة لا تزيد على خمس سنوات إذا كان التلقيح برضاها وتزداد العقوبة بمقدار النصف إذا وقعت الجريمة من طبيب أو صيدلي أو قابلة أو احد معاونيهم " .

أما المادة ٤٠٣ مكررة (ب) فقد نصت على " تعاقب المرأة التي تقبل تلقيحها صناعيا أو تقوم بتلقيح نفسها صناعيا بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات ويعاقب الزوج بذات العقوبـــة المنصوص عليها في الفقرة السابقة إذا كان التلقيح بعلمه ورضاه وسواء وقع التلقيح من الزوج أو من الغير ".

وفقا للنصوص السابقة نلاحظ إن المشرع الليبي يجرم التلقيح الـــصناعي أيـــا كانـــت صورته [٢], ويعاقب من يقوم بعملية التلقيح أيا كانت صفته سواء كان برضا المـــرأة أو بـــدون رضاها , وانه جعل من رضا الزوجة سببا لتخفيف العقاب ليعاقب بالسجن بما لا يزيـــد علـــى خمس سنوات وإذا تم التلقيح دون رضا المرأة التي تم تلقيحها صناعيا سواء كان انعدام الرضا راجعا إلى القوه أو التهديد أو الخداع يعاقب الجاني بالسجن بما لا يزيد على عشر سنوات وليس خمس سنوات كما هو في الصورة السابقة (رضا المرأة)[٣] .

والتشديد للعقاب هنا منطقي فلا يستوي جرم من قام بالتلقيح الصناعي برضا المرأة مع من خدعها أو اجبرها على ذلك , كما يشدد العقاب متى كان القائم بالتلقيح الصناعي للمرأة طبيبا أو صيدلانيا أو قابلة أو إحدى معاونيهم ليصبح السجن بما لا يزيد على سبع سنوات ونصف في حالة رضا المرأة , وخمسة عشر سنة في حالة انعدام رضا المرأة .

إما **القضاء** فنستدل على ذلك في القضاء الفرنسي ففي حكم لمحكمة اســـتئناف "ليـــون" المدنية عام ١٩٥٦ حيث قضت بان عجز الزوج جنسيا لا يبرر إلحاح الزوجة علـــى الـــزوج

---

[١] المادة ٤٠٣ / أ , ب مكرر, **قانون العقوبات الليبي** , مرجع سابق .

[٢] لقد عاد المشرع الليبي وأباح بعض صور التلقيح الصناعي ومنها التلقيح الداخلي بين الزوجين بـــشروط . انظر المادة ١٧ , **قانون المسؤولية الطبية** , مرجع سابق .

[٣] الهريش , **موقف القانون** , مرجع سابق , ص ٢٢٩ وما بعدها

باللجوء إلى تلقيحها صناعيا لإشباع غريزة الأمومة فيها , لما في ذلك من إهانه لكرامته , ومن ثم يعد ما قام به الطبيب (التلقيح الصناعي) عملا غير مشروع[١].

الاتجاه الثاني : معظم التشريعات التي نظمت التلقيح الصناعي نصت صراحة على إباحة التلقيح الصناعي بين الزوجين كقانون الأسرة الجزائري الذي ينص على جواز لجوء الزوجين إلى التلقيح الصناعي بشروط معينة[٢]. والتشريعات الغربية كالتشريع الفرنسي والانجليزي على سبيل المثال لا الحصر كما بينا سابقا.

أما القضاء فقد عاد القضاء الفرنسي وأباح التلقيح الصناعي الداخلي , فقد أباحت محكمة استئناف باريس التلقيح الصناعي الداخلي فيما بين الزوجين حيث أقرت ثبوت النسب لطفلة ولدت نتيجة عملية التلقيح الصناعي[٣].

أما الفقه ومنه الفقه الإسلامي فقد أجاز التلقيح الصناعي من الناحية الشرعية ويثبت به النسب وقد جاءت الفتاوى الشرعية والقرارات الصادرة عن المجامع الفقهية لتؤكد على شرعية هذه الوسيلة . فقد جاء في القرار رقم (٥) الصادر عن دار الإفتاء العام في الأردن بتاريخ ١٩٨٤/٧/٢٤م " ... إذا كان التلقيح بماء الزوج ولقحت به زوجته فانه مباح للضرورة إذا اقتضت ظروف الزوجية اللجوء إليه بشروط وقواعد تضمن سلامة الأنساب[٤].

كذلك قرر المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد في مكة المكرمة في دورته الثامنة على " إن حاجة المرأة المتزوجة التي لا تحمل وحاجة زوجها إلى الولد , تعتبر غرضا مشروعا يبيح معالجتها بالأساليب المباحة من أساليب التلقيح الاصطناعي وان الأسلوب الذي تؤخذ فيه النطفة الذكرية من رجل متزوج ثم تحقن في رحم زوجته نفسها في طريقة التلقيح الصناعي الداخلي هو أسلوب جائز شرعا بعد أن تثبت حاجة المرأة إلى هذه العملية لأجل الحمل[٥] .

---

[١] طه , **الإنجاب** , مرجع سابق , ص٩٦

[٢] المادة ٤٥(مكرر) , **قانون الأسرة الجزائري** , مرجع سابق .

[٣] Court d`appel de paris , 10-02-1956 , S , 1956 , p.20

مشار إليه طه , **الإنجاب** , مرجع سابق , ص٩٧

[٤] قرارات مجلس الإفتاء الأردني , **دار الإفتاء العام** , ج١ , مطابع وزارة الأوقاف , عمان , ٢٠٠٩ , ص ١٤

[٥] مجلة مجمع الفقه الإسلامي, الدورة الثانية , مرجع سابق , ص ٣٣٦

وأجاز مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثالثة المنعقدة في عمان التلقيح الداخلي وذلك : " بان تؤخذ بذرة الزوج وتحقن في الوضع المناسب في مهبل زوجته أو رحمها تلقيحا داخليا" [١].

ثانياً:- التلقيح الصناعي الداخلي بماء غير الزوجين

يقصد به التلقيح الذي يتم بين خليتين (بويضة ومني) مستمدتين من شخص لا يربط بينهما وقت إجراء التلقيح زواج شرعي. وقد عرفت هذه الطريقة قديما في أرياف مصر باسم الصوفة[٢]. ويتصور أن يتخذ التلقيح بماء غير الزوجين في التلقيح الداخلي صورة تلقيح بويضة الزوجة بمني غير الزوج عندما تتواجد الأسباب التي تحول دون تلقيح الزوجة[٣] . فما مدى مشروعية هذه الوسيلة ؟ وللإجابة على هذا السؤال يوجد هناك اتجاهين وهما :

الاتجاه الأول : مشروعية التلقيح الصناعي الداخلي بماء غير الزوجين

تبيح العديد من التشريعات الغربية التلقيح الصناعي بماء غير الزوجين إلا أنهم اشترطوا لذلك شروط معينة . فقد أباح المشرع الفرنسي التلقيح بماء غير الزوجين متى وجدت رابطة الزوجية بين احد الزوجين أو الصديقين (اللذين على علاقة حرة دامت سنتين على الأقل)[٤], كأن تلقح بويضة الزوجة بمني غير الزوج بشرط توافر رضا الزوج والذي يتخذ الشكل الرسمي (كتابة) أمام قاضي المحكمة الابتدائية أو الموثق بعد إعلام الزوج بكل الآثار المترتبة على رضاه هذا[٥].

---

[١] مجلة مجمع الفقه الإسلامي , الدورة الثالثة , ع ٣ , ج ١ , ١٩٨٧ م , ص ٥١٦

[٢] خلاصة هذه الطريقة أن الزوجة تشكو من العقم فتقوم إحدى النسوة بتحضير صوفه فيها مني قريب لها وتدخله في فرج المرأة فتحمل إذا كان العيب من الزوج وفي القصة التي وصلت إلى القضاء المصري كان الزوج قد فحص نفسه فوجد انه غير قادر على الإخصاب فلما حملت زوجته أنكر الولد ووصلت القضية إلى المحكمة واعترفت الزوجة بقصة الصوفة كما اعترفت بذلك المرأة التي قدمت الصوفة . مشار إليه البار , **طفل الأنبوب** , مرجع سابق , ص ٢٨٨.

[٣] طه , **الإنجاب** , مرجع سابق , ص ١٩٩

[٤] المادة ١٥٢ /٣ , **قانون الصحة الفرنسي** , مرجع سابق

[٥] المادة ٥/١٥٢ , **قانون الصحة الفرنسي** , مرجع سابق

الاتجاه الثاني : عدم مشروعية التلقيح الصناعي الداخلي بماء غير الزوجين .

انفرد المشرع الليبي بالنص صراحة على تجريم هذه الصورة وهو ما سبق الإشارة إليه[١]. وأن التجريم امتد ليشمل سواء كان بماء الزوجين أو بماء غير الزوجين من باب أولى.

كما أن التلقيح الصناعي الداخلي بماء غير الزوجين محرم في الشريعة الإسلامية حيث جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية في مكة المكرمة " إن تؤخذ نطفة من رجل وتحقن في الموضع المناسب من زوجة رجل أخر حتى يقع التلقيح داخليا , ثم العلوق في الرحم كما في الأسلوب الأول , فهي محرمة لان البذرتين الذكرية والأنثوية فيها ليستا من زوجين"[٢].

كما انتهى مؤتمر كلية الحقوق في جامعة القاهرة عام ١٩٩٣ حيث جاء بتوصياته " يعد غير مشروع التلقيح الصناعي الذي يجري خارج نطاق العلاقة بين الزوجين , أيا كان الأسلوب الذي استعمل في إجرائه , ويحدد القانون العقوبة المقررة له" , كما أوصى " الطفل الذي يولد من تلقيح صناعي جرى في غير نطاق العلاقة بين زوجين يعتبر طفلا غير شرعي"[٣].

Art. L. 152-5. - A titre exceptionnel, un couple répondant aux conditions prévues à l'article L. 152-2 et pour lequel une assistance médicale à la procréation sans recours à un tiers donneur ne peut aboutir peut accueillir un embryon .

L'accueil de l'embryon est subordonné à une décision de l'autorité judiciaire, qui reçoit préalablement le consentement écrit du couple à l'origine de sa conception. Le juge s'assure que le couple demandeur remplit les conditions prévues à l'article L. 152-2 et fait procéder à toutes investigations permettant d'apprécier les conditions d'accueil que ce couple est susceptible d'offrir à l'enfant à naître sur les plans familial, éducatif et psychologique.

[١] المادة ٤٠٣ مكرر , **قانون العقوبات الليبي** , مرجع سابق .

[٢] مجلة مجمع الفقه الإسلامي , الدورة الثانية , مرجع سابق , ص ٣٣٣

[٣] مركز بحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين , **الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي** , جامعة القاهرة , كلية الحقوق , ١٩٩٤م , ص ١٩٩

المطلب الثاني

التلقيح الصناعي الخارجي

ويقصد بالتلقيح الصناعي الخارجي (In-vitro Fertilization) (IVF) التلقيح خارج نطاق الرحم[١] . وفي هذه الحالة يتم التلقيح بين الحيوان المنوي والبويضة في وسط خارج الرحم أي في وعاء مخبري , وبعد أن يحدث الانقسام المناسب بعد اجتماع الحيوان المنوي بالبويضة تعاد اللقيحة هذه إلى رحم المرأة سواء صاحبة البويضة أم غيرها لإتمام مراحل الحمل[٢]. وتسمى هذه الوسيلة أطفال الأنابيب وهي تسمية خاطئة لأنها توحي بان الطفل يبقى مدة الحمل بأكملها داخل أنبوب الاختبار , بينما هو في الواقع لا يبقى إلا أيام معدودات داخل الأنبوب وهي المدة الكافية طبيا لإجراء عملية التلقيح , وبعدها يعاد إلى الرحم[٣]. إلا انه من الصعب تجنب التسمية الدارجة عند أهل الأردن وغيرهم .

وتتمثل هذه الوسيلة في سحب بويضة أو أكثر من مبيض الزوجة وذلك عن طريق تدخل جراحي بعد استثارتها بواسطة هرمونات منشطة [٤]. وغالبا ما يتم سحب أربع إلى خمس بويضات وقد يحدث أن يتم سحب خمسين بويضة من أمراه واحدة في جلسة واحدة وذلك حسب استجابتها للهرمونات المنشطة , ثم يجمع المني من الرجل وبعد معالجته (أي تنشيط الحيوانات المنوية والتخلص من الحيوانات الغير سليمة والمشوهة والغير نشيطة) يوضع في الطبق أو الأنبوب الذي فيه البويضات. ويتم التلقيح بعد أربع ساعات من الاستمناء [٥]. وبعد مرور بعض الوقت (يومين ونصف تقريباً) تكفي لانقسام البويضة وتكاثرها (ثمان خلايا) , يتم نقل البويضات الملقحة إلى رحم المرأة التي كانت قد أعدت خصيصا لاستقبالها من خلال معالجة هرمونية , حينئذ يتكون الجنين ويحدث الحمل حتى تتم الولادة [٦] . وقد وجد أن العدد الأمثل

---

[١] للمزيد في تفاصيل هذه الطريقة , فهمي , أنيس , **العقم عند النساء** , مجلة العربي , الكويت , ع ٣٢٠ , أيار , ١٩٨٥ , ص ١٨٠ . البار , **طفل الأنبوب** , مرجع سابق , ص ٧٥ ما بعدها

[٢] سلامة , **أطفال الأنابيب** , مرجع سابق , ص٨٦

[٣] زهرة , **الإنجاب الصناعي** , مرجع سابق , ص ٧٤

[٤] **المصدر نفسه** , ص ٧٥

[٥] السباعي والبار , **الطبيب أدبه** , مرجع سابق , ص ٣٤٢

[٦] زهرة , **الإنجاب الصناعي** , مرجع سابق , ص ٧٥

يتراوح ما بين ثلاث إلى خمس بويضات لإعادتها إلى الرحم [١]. وقد ولدت أول طفلة بهذه الطريقة في بريطانيا سنة ١٩٧٨م وقد أطلق عليها اسم (لويز براون Louis Brown)[٢] . وللتلقيح الصناعي الخارجي صور عدة , فما مدى مشروعية هذه الصور وما موقف التشريعات والفقه والقضاء من هذه الصور.

أولا :- التلقيح الصناعي الخارجي بين الزوجين

في هذه الحالة تقدم فيها المرأة البويضة ويقدم زوجها الحيوان المنوي , وبعد أن يكونا نطفة أمشاج في المختبر تعاد الكتلة المتكونة إلى رحم الزوجة صاحبة البويضة[٣].ويتم ذلك أثناء قيام العلاقة الزوجية , وقد يتم بعد انتهاء العلاقة الزوجية [٤].

ويتم اللجوء إلى هذه الصورة عندما يتعذر التلقيح داخل الرحم مباشرة , وذلك عندما تكون الزوجة عاقراً لوجود ما يمنع وصول الحيوان المنوي النشيط للبويضة في قناة فالوب وعودة البويضة المخصبة للرحم لوجود تشوهات أو أمراض في قناة فالوب [٥]. أو عندما تكون الحيوانات المنوية عند الزوج قليلة أو ضعيفة[٦]. وهنا يثور التساؤل عن مدى مشروعية تلقيح ماء الزوجين صناعيا داخل أنبوب اختبار ثم زرعه بعد ذلك في رحم الزوجة. فقد كان هناك اتجاهين :

---

[١] أثبتت الأبحاث العلمية إن نسبة نجاح البويضات الملقحة السليمة في العلوق بجدار الرحم تتناسب طرديا مع عدد البويضات الملقحة التي تم زرعها , فإذا أعيدت لقيحه واحدة فإنها تنزرع بنسبة حوالي (١٠%) وإذا أعيدت لقيحتان تصل إلى (٣٠%) وإذا أعيدت ثلاث لقيحات أو أربعة تصل النسبة إلى (٤٠%) ولا تزيد نسبة العلوق عن ذلك مهما زاد عدد البويضات لكن تزداد فرصة إنجاب التوائم , ولكن نسبة منها تجهض , فلا يتم ولادة طفل بأكثر من (١٥%) من الحالات . الخولي , محمد عبدالوهاب , **المسؤولية الجنائية للأطباء عن الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة** , ط١ , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٩٧ , هامش ص٨٢

[٢] تمت أول ولادة طفل أنابيب في ١٩٧٨/٧/٢٥ للطفلة " لويز براون " نتيجة تلقيح بويضة السيدة " ليزلى براون " بمني زوجها " جون براون " في ١٩٧٧/١١/١٠م

[٣] سلامة , **أطفال الأنابيب** , مرجع سابق , ص ٨٩

[٤] انظر ص١٣ من هذا البحث وما بعدها

[٥] فهمي , **العقم عند النساء** , مرجع سابق , ص ١٨٣

[٦] باشا والبار, **مسؤولية الطبيب** , مرجع سابق , ص١٢٨

الاتجاه الأول: مشروعية التلقيح الصناعي الخارجي بين الزوجين

أجازت القوانين ـــ التي تناولت التلقيح الصناعي[١] ـــ التلقيح الخارجي بين الزوجين وقد اشترطوا شروطا للتلقيح الصناعي الخارجي[٢] . كما أن الفقه الإسلامي أجاز التلقيح الصناعي الخارجي بين الزوجين ويستندون إلى إن هذه الطريقة تساعد الزوجين على الإنجاب وهو غرض نبيل ورغبة مشروعة وطبيعية للزوجين , وخاصة إنها تشبه عملية التلقيح الناتج عن الجماع الطبيعي بين الزوجين لكونه قاصرا على ماء الزوجين وإتمام الحمل داخل رحم الزوجة صاحبة البويضة , وإنما اشترطوا لذلك شروط معينة .

وقد استند أنصار هذا الاتجاه إلى أن هذه الطريقة لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية, ونستدل على ذلك بما انتهى إليه مجمع الفقه الإسلامي عام ١٩٨٥ " .. إن الأسلوب الذي تؤخذ فيه البذرتان الذكرية والأنثوية من رجل وأمراه زوجين احدهما للآخر , ويتم تلقيحهما خارجيا في أنبوب اختبار , ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة نفسها صاحبة البويضة هو أسلوب مقبول مبدئيا في ذاته بالنظر الشرعي [٣]. وقد أكد المجلس على مشروعية هذه الطريقة في دورة المجلس في عمان عام ١٩٨٦ م وذلك عند الحاجة وضرورة اخذ كل الاحتياطات اللازمة[٤].

الاتجاه الثاني : عدم مشروعية التلقيح الصناعي الخارجي بين الزوجين

انفرد بذلك المشرع الليبي كما بينا في التلقيح الداخلي لذا نحيل إليها منعا للتكرار.

يمثل أيضا هذا الاتجاه قله من الفقه وقد استند هؤلاء إلى انعدام الأساس الشرعي لهذه الوسيلة ومنهم الشيخ رجب التميمي فقد حرم أي لقاء من شانه إيجاد ذرية من غير الطريق الطبيعي بقوله" إن ما جاء في بعض الفتاوى لبعض الفقهاء إن التلقيح الصناعي بواسطة الأنبوب بين الزوجين وبرضاهما وبشروط ذكروها لا يستند إلى نص شرعي أو دليل قطعي , وإنما

---

[١] راجع مشروعية التلقيح الداخلي بين الزوجين

[٢] راجع شروط التلقيح الصناعي من هذا البحث . زهرة , **الإنجاب الصناعي** , مرجع سابق , ص ٢٠٧ , سلامة , **أطفال الأنابيب** , مرجع سابق , ص ٩١

[٣] مجلة مجمع الفقه الإسلامي , الدورة الثانية , مرجع سابق , ص ٣٢٨

[٤] قرار رقم(٤) د ٨٦/٠٧/٣ مجلة مجمع الفقه الإسلامي , الدورة الثالثة , مرجع سابق , ص ٥١٦

استند إلى عاطفة الأمومة والأبوة , والعاطفة لا تصلح أساسا للحكم الشرعي لما فيها من الضرر الذي يؤدي بالمجتمع إلى الفتن والفساد[١].

ثانيا :- التلقيح الصناعي الخارجي بماء غير الزوجين

إن عملية تكوين الجنين من بدايتها إلى حين وضعه يشترك فيها ثلاثة عوامل أساسية , وهذه العوامل هي : الحيوان المنوي من الرجل ، والبويضة والرحم من المرأة ، وقد تتشابك هذه العوامل من عدة أطراف في نطاق الزوجية وخارجها . ففي هذه الحالة يتم التلقيح بين خليتين تناسليتين (بويضة ومني) مستمدتين من شخصين لا يربط بينهما وقت إجراء التلقيح زواج شرعي[٢]. وقد أطلق عليه البعض اسم الحمل لحساب الغير[٣] , وهو كل صورة من صور التلقيح الصناعي الذي يدخل فيها طرف ثالث , فإذا تعدى الأمر الزوج والزوجة إلى طرف ثالث , كأخذ حيوان منوي من طرف ثالث , أو اخذ بويضة من امرأة أخرى حتى ولو كانت زوجة أخرى , أو استعارة رحم أخر لوضع البويضة الملقحة فيه [٤]. ويتصور أن يتخذ التلقيح بماء غير الزوجين عدة صور يمكننا إجمالها في أربع صور وهذه الصور هي:

الصورة الأولى: أن يجري تلقيح خارجي في أنبوب اختبار بين نطفة مأخوذة من زوج , وبويضة مأخوذة من مبيض امرأة أجنبية (ليست زوجته) تدعى متبرعة أو مانحة ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجته , وهذه الحالة يلجا إليها عندما يكون مبيض الزوجة معطلا إلا أن رحمها سليم يقبل العلوق فيه [٥].

الصورة الثانية: أن يجري تلقيح خارجي بين بويضة من الزوجة , وحيوان منوي مأخوذ من شخص أجنبي (متبرع) , وبعد أن يتم التلقيح في أنبوب الاختبار , تزرع اللقيحة في رحم الزوجة , ويتم اللجوء إلى هذه الحالة في حالة عقم الزوج أو قلة الحيوانات المنوية أو وجود تشوهات أو خلل فيها[٦].

---

(١) التميمي , رجب , **أطفال الأنابيب** , مجلة مجمع الفقه الإسلامي , ع٢ , ج١ , جدة , ١٩٨٦ , ص ٣١٠

(٢) ندوة الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي , مرجع سابق , ص ١٩٩

(٣) البار , **طفل الأنبوب** , مرجع سابق , ص ٩٦

(٤) النتشه , **المسائل الطبية** , مرجع سابق , ص ١٦٦

(٥) احمد , **التلقيح الصناعي** , مرجع سابق , ص ١١٧

(٦) سلامة , **أطفال الأنابيب** , مرجع سابق , ص ٨٦

الصورة الثالثة : أن يجري تلقيح خارجي في أنبوب اختبار بين الحيوانات المنوية لرجل وبويضة من امرأة لا تربطهما علاقة زوجية يسمونهما متبرعين أو مانحين ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة , ويلجا لهذه الطريقة في حالة أن تكون الزوجة عاقراً بسبب عطل في المبايض مع سلامة رحمها , وكون زوجها أيضا عقيما .

الصورة الرابعة: الأم المستعارة (الرحم الظئر)[١] Surrogate Mother

يعرف الرحم الظئر[٢]بأنه اتفاق يتمثل في موافقة امرأة , تسمى الأم " الحاملة " , على حمل بويضة ملقحة لحساب امرأة أخرى وزوجها , على أن تلتزم الأولى بتسليم المولود إلى الزوجين بعد ولادته , هذا الاتفاق وان كان يعتبر – قانوناً – عقدا إلا انه يخرج كعقد على كافة صور العقود المسماة التي نظمها القانون[٣]. وظهرت هذه الصورة في الواقع عندما وافقت "ريتا باركر" على أن تكون أما بديلة ورحماً مستعاراً لزوجين هما "بولين وهاري تايلر" وذلك مقابل الأجر[٤].

أما أسباب اللجوء إلى هذه الطريقة هو أن تعاني الزوجة من عدم القدرة على الحمل لأسباب طبية . كأن تكون قد ولدت دون أعضاء تناسلية أو بدون رحم أو لإصابتها بتشوهات أو بمرض يجعل الحمل مستحيلاً , أو ليس لها القدرة على استكمال مدة الحمل حتى نهايتها , أو لخشية انتقال الأمراض الوراثية إلى المولود عن طريقها , أو لخشية مخاطر الحمل[٥]. أو لمجرد

---

[١] الظئر , بالكسر , العاطفة على ولد غيرها , المرضعة له في الناس , وفي غيرهم , وجمعه : أظؤر , وأظآر , وظؤور . الفيروز أبادي , مجد الدين محمد بن يعقوب ، **القاموس المحيط** . بدون طبعة ، دار الفكر , بيروت , ١٩٧٨ , ص ٥٥٥

[٢] ومن التسميات لهذه الوسيلة شتل الجنين , تأجير الأرحام , إعارة الأرحام , الأم البديلة , أم بالتفويض , أم بالنيابة ,الأمومة لحساب الغير . زهرة , **الإنجاب الصناعي** , مرجع سابق , ص ١٥٧

[٣] زهرة , **الإنجاب الصناعي** , مرجع سابق , ص ١٨١

[٤] مشار إليه : حسونة , عرفان بن سليم العشا , **التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب** , ط١ , المكتبة العصرية , بيروت , ٢٠٠٦م , ص ٤٥.

بعد أن حملت "ريتا باركر" البويضة بدا "هاري تايلر" بالتردد عليها كونها تحمل له ولده , فوقع في غرامها ووقعت في غرامه , وزنى بها وزنت به , عندها شعرت الزوجة صاحبت البويضة بالغيرة , وبدا الشقاق في الأسرة التي كانت حتى ذلك الوقت تتمتع بقدر من السعادة والاستقرار , كما أن "ريتا باركر" رفضت تسليم الوليد الذي حملته إلى صاحبة البويضة .

[٥] البار , **طفل الأنبوب** , مرجع سابق , ص ٩٨

الموافقة أو الملائمة لظروف المرأة ووضعها , فقد تشغل المرأة منصبا هاما وترغب بالإنجاب دون أن تكون مضطرة إلى التوقف عن العمل , أو تخشى تغيرات الحمل الجسمانية وتأثيرها سلباً على الجسم , أو تخشى مخاطر الحمل المتأخر كونها تقدمت في العمر[١]. وتكون هذا الصورة من الإنجاب على شكلين , وهما :

أولا : تؤخذ البويضة من الزوجة وتلقح بماء زوجها في الأنبوب ثم تعاد اللقيحة إلى رحم امرأة أخرى تستأجر لذلك .

ثانيا : تكون البويضة من الزوجة وتلقح بماء زوجها في أنبوب اختبار خارجي , ثم تعاد اللقيحة إلى رحم زوجة أخرى للزوج . وقد اقترح هذه الفرضية كل من الشيخ ابن عثيمين والدكتور مصطفى الزرقا وهي صورة نظرية لم تحدث حتى الآن[٢]. وتنحصر هذه الحالة على الزوج المسلم دون غيره من الأزواج الآخرين , وذلك لكون الشريعة الإسلامية وحدها التي تقرر تعدد الزوجات , وهذا أمر غير مسموح به في الدول الغربية . ويتم ذلك عن طريق تلقيح بويضة الزوجة بمني زوجها في أنبوب اختبار بها نفس السائل اللازم للنمو حتى تتم عملية التخصيب وتكوين النطفة , ثم يتم زرعها داخل رحم زوجة أخرى للزوج صاحب المني لديها القدرة على الحمل (ضرّة صاحبة البويضة) , فتتطوع لها ضرّتها لحمل اللقيحة عنها .

باستعراض الصور الثلاث الأولى نجد أن الحمل يتم في رحم الزوجة نفسها رغم أن البويضة قد تكون من الزوجة نفسها أو من غيرها , وكذلك الحيوانات المنوية تكون من الزوج أو من غيره. أما الصورة الرابعة فنجد أن البويضة للزوجة والمني للزوج لكن الحمل يتم في رحم الغير (قد تكون امرأة أجنبية أو زوجة أخرى للزوج) , ففي الصور السابقة يكون هناك طرف ثالث في عملية الإنجاب سواء كان متبرع بالنطفة الذكرية أو البويضة أو الحمل . فما مدى مشروعية هذه الصور؟ لقد كان هناك اتجاهين , هما :

---

[١] زهرة , **الإنجاب الصناعي** , مرجع سابق , ص ١٦٢

[٢] السباعي والبار, **الطبيب أدبه** , مرجع سابق , ص٣٤٩

الاتجاه الأول : مشروعية التلقيح الخارجي بماء غير الزوجين

إن التلقيح بماء غير الزوجين وزرعهما في رحم امرأة أجنبية لصالح الزوجين , قد أباحته بعض التشريعات الغربية . فقد أباح المشرع الفرنسي التلقيح الصناعي الخارجي بماء غير الزوجين متى وجدت رابطة الزوجية بين احد الزوجين أو الصديقين (اللذين على علاقة حرة دامت سنتين على الأقل)[١] . بمعنى انه لا يجوز أن تكون البويضة والمني لغير الزوجين , وإنما يشترط أن يكون احدهما (المني أو البويضة) لأحد الزوجين والأخر لغير الزوجين – الصورة الأولى والثانية – كما اشترطوا موافقة الطرف الأخر من العلاقة (الزوجية أو الحرة) بشكل رسمي أمام قاضي المحكمة الابتدائية أو من فوضه في ذلك , أما إذا كانت البويضة الملقحة متبرعا بها فلا بد أن يصدر قرار من السلطة القضائية المختصة بعد دراسة كل حالة على حده من حيث توافر شروطها ومصلحة الطفل[٢] .

أما المشرع الألماني فقد أجاز للزوجين تلقي بويضة ملقحة لزرعها في رحم الزوجة أو رحم الغير (الحمل لحساب الغير) وبالطبع من باب أولى تلقيح بويضة الزوجة بمني رجل أجنبي , أو تلقيح بويضة امرأة أجنبية بمني الزوج , والأكثر من ذلك أباح المشرع ذلك للصديقين وان اشترط موافقة لجنة خاصة على ذلك[٣] .

أما القضاء فنستدل ببعض أحكام القضاء الفرنسي لهذه الوسيلة (الرحم البديل) , ففي ١٩٩٠/٦/١٥م قضت محكمة استئناف باريس بأحقية الزوجة في تبني الطفل الذي حملت فيه الأمريكية لحسابها هي وزوجها معارضة بذلك حكم محكمة باريس الابتدائية الصادر في ١٩٨٩/٧/١٢ واستندت في ذلك إلى عدم اصطدام الحمل لحساب الغير مع النظام العام , نظراً لأحقية الزوجة في تكوين أسرة ولو بالاتفاق مع امرأة أخرى للحمل على حسابها نظرا لعدم قدرتها على تكوين أسرة بغير هذه الطريقة [٤].

---

[١] المادة ٣/١٥٢ , **قانون الصحة الفرنسي** , مرجع سابق

[٢] المادة ٥/١٥٢ , **قانون الصحة الفرنسي** , مرجع سابق . للمزيد انظر :

SNOWDEN R, G. D. MITCHELL , **La Famille artificielle : réflexions sur l'insémination artificielle par donneur** , Anthropos, Paris , 1984 .p66

[٣] كذلك القانون السويدي , مرجع سابق . مشار إليه : عبدالمجيد , **النظام القانوني** , مرجع سابق , ص ٤١٩

[٤] طه , **الإنجاب** , مرجع سابق , ص ١٧٤

أما الفقه فقد استندوا إلى أن هذه الصور من شانها الحد من أثـار العقـم الـذي يهـدد الارتباط الأسري بالتفكك والانهيار ويخفف من الآثار النفسية والحالة العصبية التي يشعر بهـا الزوجين خاصة العقيم منهما , كما إن الزوجين سيكونان حريصين جدا على الطفل , ومن ثـم يسعيان لتوفير المناخ المناسب لحسن تربيته ويكون ذلك في مصلحة الطفل[١] .

الاتجاه الثاني : عدم مشروعية التلقيح الخارجي بماء غير الزوجين

التزمت التشريعات العربية الصمت إزاء هذه الحالة لعدم وجود تطبيـق عملـي لهـذه الصور في الدول العربية لمخالفتها أحكام الشريعة الإسلامية . باستثناء المشرع الليبي كما سبق الإشارة إليه . والمشرع الجزائري الذي نص صراحة على عدم جواز اللجـوء إلـى التلقـيح الصناعي باستعمال الأم البديلة [٢]. سواء التلقيح بين الزوجتين أو بواسطة أم متبرعة . كما نص مشروع قانون استخدام التقنيات الطبية المساعدة على الإنجاب الأردني على انه يحضر استعمال رحم إمراة أخرى لزراعة الجنين , فقد جاء النص مطلقا فيستوي في ذلـك أن تكـون المـرأة الأخرى زوجة أو إمراه أجنبية[٣].

إما الفقه فيعتبر التلقيح الخارجي بماء غير الزوجين مهما كانت صورته غير مشروع . ونستدل على ذلك بما انتهى إليه مؤتمر كلية الحقوق بجامعة القاهرة عام ١٩٩٣ الذي أوصى " يعد غير مشروع التلقيح الصناعي الذي يجري خارج نطاق العلاقة بين الزوجين , أيـا كـان الأسلوب الذي استعمل في إجرائه , ويحدد القانون العقوبة المقررة له"[٤]. كذلك ما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثالثة في عمان عام ١٩٨٦ الذي جاء فيـه " ... إن الطـرق الخمسة الأولى (ومنها الصور المذكورة) كلها محرمة شرعا وممنوعة منعا باتا لذاتها أو لمـا يترتب عليها من اختلاط الأنساب وضياع الأمومة وغير ذلك من المحاذير الشرعية "[٥].

---

[١] عبدالمجيد , **النظام القانوني** , مرجع سابق , ص ٦٦

[٢] المادة ٤٥(مكرر) , **قانون الأسرة الجزائري** , مرجع سابق

[٣] المادة ١١/ج , **مشروع قانون استخدام التقنيات الطبية المساعدة على الإنجـاب لـسنة ٢٠٠٧** , مرجـع سابق. وجاء فيه " يحظر في مجال استخدام التقنيات الطبية المساعدة على الإنجاب القيام بأي مما يلـي : ج – استعمال رحم امرأة أخرى لزرع الجنين ."

[٤] ندوة الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي , مرجع سابق , ص ١٩٩

[٥] مجلة مجمع الفقه الإسلامي , الدورة الثالثة , مرجع سابق , ص ٥١٦

أما القضاء فنستدل عليه بما قضت به محكمة باريس الابتدائية في ١٩٨٩/٧/١٢م بعدم أحقية الزوجة في تبن كامل لطفل زوجها الذي وضعته أخرى (كانت تحمل لحسابها) , واستندت في حكمها هذا إلى أن " الطفل ولد عن طريق أم أمريكية بموجب اتفاق مبرم بين الزوجين وهذه الأمريكية , وهو ما يخالف النظام العام , فضلا عنه انه ينطوي على تحايل على قانون التبني .

أما الحمل من قبل الزوجة الأخرى وعن مدى مشروعية هذه الوسيلة فان مجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة في قراره الخامس الذي أصدره في دورته السابعة , أجاز إجراء هذه الصورة , وهي زرع اللقيحة في رحم الزوجة الثانية لصاحب الحيوان المنوي , وعلل ذلك بالحاجة وبشروط محدده حيث جاء في القرار " إن الأسلوب السابع الذي تؤخذ فيه النطفة والبويضة من زوجين وبعد تلقيحهما في وعاء الاختبار تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى للزوج نفسه , حيث تتطوع بمحض اختيارها بهذا الحمل عن ضرتها المنزوعة الرحم "[1]. لكن المجمع الفقهي قد عدل عن رأيه بجواز هذه الصورة في قراره الثاني من دورته الثامنة بقوله ".... قرر المجلس سحب حالة الجواز الثالثة المذكورة في الأسلوب السابع المشار إليها من قرار المجمع الصادر في هذا الشأن في الدورة السابعة عام ١٤٠٤ هـ" [2]. فجاء في الحكم إن الطرق الخمسة الأولى (ومنها هذه الطريقة) كلها محرمة وممنوعة منعا باتا لما يترتب عليه من اختلاط للأنساب.

ويرى أنصار هذا الاتجاه إلى أن التلقيح بماء غير الزوجين يؤدي إلى اختلاط الأنساب . كما أن هذه الصور تزج بالإنسان في دائرة الحيوانات وتخرجه عن المستوى الإنساني , ومستوى المجتمعات الفاضلة التي تنسج حياتها على أساس الزواج وإعلانه . وقد استند الفقهاء في تحريم هذه الصورة إلى أن الزوج قد عقد على كل امرأة من نسائه بعقد مستقل بذاته , وما يحدث لواحدة منهن من طلاق أو نحوه لا يحدث للأخرى بصورة مباشرة , وعلية فان الرجل لا

---

(١) مجلة المجمع الفقه الإسلامي , الدورة الثانية , مرجع سابق , ص ٣٢٣

(٢) **المصدر نفسه** , قرار رقم ١٦ , ص ٣٢٤ . كذلك انظر الفتوى رقم ٥٥٣ تاريخ ٢٠١٠/٣/١٨ , **دار الإفتاء الأردنية** . وجاء فيها " عملية أطفال الأنابيب لا تباح إلا عند الحاجة، ويشترط لإباحتها عند ذلك أن تكون البويضة والحيوان المنوي من الزوجين، وأن تزرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة صاحبة البويضة، ولا يجوز بأي حال أن تزرع في رحم غيرها، وإن كان رحم زوجة أخرى لنفس الزوج، لما يترتب على مثل هذا العمل من مفاسد حقوقية وأخلاقية كثيرة. www.aliftaa.jo

يملك أن يتلاعب بأنساب أطفاله[١]. كما إن الإسلام نهى على أن ترى كل امرأة عورة المـــرأة الأخرى مع إنهما زوجتان لرجل واحد , فكيف يبيح أن تختلط انـــساب هـــاتين الـــزوجتين وان يتعدى رحم على أخر[٢].

---

[١] النتشه , **المسائل الطبية** , مرجع سابق , ص ١٩١

[٢] سلامة , **أطفال الأنابيب** , مرجع سابق , ص ١٠٤

الفصل الأول

أركان المسؤولية المدنية وعلاقتها بالتلقيح الصناعي

المسؤولية كلمة حديثة لم يستعملها الفقهاء الأقدمون , وإنما جاءت في استعمالات بعض الفقهاء المعاصرين ورجال القانون . فالمسؤولية بوجه عام محاسبة الشخص عن فعله الذي سبب به ضرراً للغير , ويفترض فيه انه مخالف لقاعدة قانونية أو خلقية . والمسؤولية الخلقية , حالة يوجد فيها الشخص مخالفاً لقاعدة من قواعد الأخلاق التي ترسم للإنسان سلوكه نحو نفسه والمجتمع ومعيارها شخصي , في حين أن المسؤولية القانونية تأتي من الإخلال بالتزام تفرضه قاعدة قانونية تنظم السلوك الذي يجب أن يلتزم به الإنسان تجاه غيره , حتى يستقر التعايش في مجتمعة والأخيرة على نوعين المسؤولية الجزائية (جنائية) ومسؤولية مدنية [١].

فالمسؤولية المدنية هي الالتزام بتعويض الضرر المترتب على الإخلال بالتزام أصلي سابق , ولان الالتزامات الأصلية ينشا بعضها من العقد كالالتزام بتسليم المبيع والبعض الأخر من القانون كالالتزام بإضاءة السيارة ليلا أو بعدم مجاوزة قدر معين من السرعة , جرى الفقه على التمييز بين نوعين من المسؤولية المدنية فالمسؤولية التي تنشا عن الإخلال بالتزام عقدي يطلق عليها المسؤولية العقدية , والمسؤولية التي تترتب على الإخلال بالتزام قانوني وبعدم الإضرار بالغير يطلق عليها المسؤولية التقصيريّة (المسؤولية عن الفعل الضار) , وفي هذين النوعين نكون بصدد مسؤولية مدنية بمعنى الكلمة يتحقق فيها التلازم بينها وبين فكرة الجزاء والذي يتمثل في التعويض عن الضرر[٢].

إن معظم القوانين المدنية نصت على المسؤولية عن الأفعال الشخصية , فقد نص القانون المدني الفرنسي على أن كل فعل أياً كان يقع من الإنسان ويحدث ضررا بالغير يلزم من أوقع

---

[١] السرحان , عدنان إبراهيم , خاطر , نوري حمد , **شرح القانون المدني , مصادر الحقوق الشخصية , الالتزامات** , ط١ , دار الثقافة , عمان , ٢٠٠٥م , ص ٣٤٩-٣٥١

[٢] للتفصيل انظر المصادر التالية :

مرقس , سليمان , **الوافي في شرح القانون المدني** , ط٥ , ج٢ , في الالتزامات , المجلد الثاني في الفعل الضار والمسؤولية المدنية , القسم الأول في الأحكام العامة , مكتبة صادر دار المنشورات الحقوقية , بيروت , ١٩٨٨ , ص ١ :٦. مرقس , سليمان, **المسؤولية المدنية في تقنيات الدول العربية** , القسم الأول , الأحكام العامة , معهد البحوث والدراسات العربية , القاهرة , ١٩٧١ , ص ١ :٥ .

هذا الفعل الضار بخطئه أن يعوض هذا الضرر[١] , كما نص القانون المدني الأردني على المسؤولية حيث نص على " كل إضرار بالغير يلزم فاعله , ولو غير مميز بضمان الضرر"[٢].

أم فيما يتعلق بالتكييف القانوني لمسؤولية الطبيب يكاد يكون هناك إجماع فقهي على أن مسؤولية الطبيب عن أخطائه المهنية إنما الأصل فيها هي مسؤولية عقدية , ولا ينطبق هذا الاتجاه على جميع الحالات , فالطبيب قد يخطئ ويلحق الضرر بشخص لا تربطه به أي رابطة عقدية , كما لو حرر طبيب شهادة تثبت إصابة شخص لم يطلب مثل هذه الشهادة بمرض عقلي , فمسؤولية الطبيب في هذه الحالة مسؤولية تقصيرية لا عقدية [٣].

أما القضاء فقد استقر القضاء الفرنسي على اعتبار العلاقة بين الطبيب والمريض علاقة تعاقدية وذلك منذ القرار الصادر عن الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٩٣٦/٠٥/٢٠، و المعروف بقرار « ***Mercier*** » حيث جاء فيه " يتكون بين الطبيب و المريض عقد حقيقي يرتب إلتزاما على الطبيب ... و الإخلال بهذا الإلتزام التعاقدي تنشأ عنه مسؤولية تعاقدية " . لذلك يتابع الطبيب , في حالة الخطأ , على أساس الإخلال بالالتزامات التعاقدية . إذ انه قبل هذا التاريخ كان يسأل الطبيب على أساس المسؤولية التقصيريّة [٤].

---

(١) المادة ١٣٨٢ , **القانون المدني الفرنسي** , مرجع سابق .

Article1382 "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer "

(٢) المادة ٢٥٦ , **القانون المدني الأردني** . مرجع سابق . انظر أيضا المواد : ١٦٣ مدني مصري , ١٦٤ مدني سوري , ١٦٦ مدني ليبي .

(٣) ارتيمة , وجدان سليمان محمد , **الخطأ الطبي في القانون المدني الأردني** , رسالة ماجستير(غير منشورة) , الجامعة الأردنية , عمان , الأردن , ١٩٩٤ , ص٤٤

(٤) Morel , commentaries . Cass. Civ 27/7/1939 , 73/1/1940

عبدالكريم , مأمون , **رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية** , بدون طبعة , دار المطبوعات الجامعية , الإسكندرية , ٢٠٠٦ , ص ٦٥ . نص قرار "***Mercier***" باللغة الفرنسية :

" Ile se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant pour le praticien, l'engagement, si non évidemment de guérir le malade, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, mais conxiencieux, attentifs, et conformes aux données acquises de la science ,la violation, même involontaire de cette obligation contractuelle,est sonctionnee par une responsabilité de nature égalent contractuelle…"

أما في الأردن ومع تعدد النصوص المتعلقة بالمجال الصحي[1] إلا انه ليس فيها ما يوضح موقف المشرع الأردني بشان طبيعة مسؤولية الطبيب , هل هي ذات طبيعة تقصيرية أم عقدية ؟ كما أن القضاء الأردني ومع قلة أحكامه وعند الرجوع لقرارات محكمة التمييز الأردنية فإننا نجد أن المحكمة لم تضع مبدأ حول طبيعة مسؤولية الطبيب –على غرار القضاء الفرنسي الذي جعلها عقدية من حيث الأصل , والاستثناء أن تكون تقصيرية وهذا ما ذهب إليه القضاء المصري[2] – بعد أن أهدرت فرصه ذهبية للإفصاح عن نوع المسؤولية الطبية وذلك في الطعن المقدم في قرار محكمة استئناف حقوق عمان في القضية الإستئنافية والقاضية بفسخ الحكم المستأنف الصادر عن محكمة بداية حقوق عمان [3] . حيث جاء بقرار محكمة التميز الأردنية " إعمالا لنص المادة ٢٨٨ من القانون المدني فان مالك المستشفى مسؤول عن أخطاء العاملين لديه لأنهم يعملون تحت رقابته وتوجيهه فيلزم مالك المستشفى بالتعويض عن العاهة الدائمة التي أصيبت بها ابنة المدعي نتيجة الخطأ في معالجتها بسبب الخطأ في تشخيص حالتها "[4].

والملاحظ أن محكمة التمييز الأردنية في هذا الحكم لم تفصح عن طبيعة مسؤولية الطبيب , ولم تحسم مشكلة تحديد المسؤولية من حيث كونها عقدية أم تقصيرية , حيث أنها لم تفعل أكثر من تطبيق نص القانون وإلزام المستشفى ومالكه بأداء التعويض للطفلة المضرورة .

أما فيما يتعلق بمدى التزام الطبيب , يمكن القول بان إجماع الفقه والقضاء يكاد يكون منعقدا على أن التزام الطبيب تجاه مريضه سواء وجد عقد أم لم يوجد هو التزام ببذل عناية

---

(1) انظر قانون الصحة العامة رقم ٢٠٠٨/٤٧ . قانون نقابة الأطباء الأردنية رقم ١٩٧٢/١٣ . قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان رقم ١٩٧٧/٢٣ المعدل بالقانون المؤقت رقم ٢٠٠٠/٢٣ . الدستور الطبي الصادر عن نقابة الأطباء الأردنية . قانون الانتفاع بعيون الموتى لأغراض طبية رقم ٤٣ /١٩٥٦ . الدستور الطبي وواجبات الطبيب وآداب المهنة لسنة ١٩٨٩. مشروع قانون التقنيات الطبية المساعدة على الإنجاب لسنة ٢٠٠٧. مشروع قانون المسؤولية الطبية لسنة ٢٠٠٩ .

(2) منصور , **المسؤولية الطبية** , مرجع سابق , ص ١٣٥

(3) القضية رقم ٨٩|٢٣٣ تاريخ ١٩٩٠/١٠/٢٩ والقاضي بفسخ الحكم المستأنف الصادر عن محكمة بداية حقوق عمان في القضية الحقوقية رقم ٨١/١٦ تاريخ ١٩٨٦/٢/١٩م مشار إليه لدى , إرتيمة , **الخطأ الطبي** , مرجع سابق , ص ٦٤

(4) تميز حقوق رقم ١٢٤٦ /١٩٩٠ تاريخ ١٩٩١/٥/١٢, **مجلة نقابة المحامين الأردنيين** , , ع ١٠- ١١ , ١٩٩٢م , ص ١٧٠٩

وليس تحقيق نتيجة كأصل عام[١]. وقد استقر القضاء الفرنسي على هذا الموقف منذ قرار *Mercier* الشهير الصادر عن محكمة النقض الفرنسية سنة ١٩٣٦ م المشار إليه سابقا , فالطبيب غير ملزم بشفاء المريض وإنما هو ملزم ببذل العناية اللازمة من اجل شفاءه[٢]. وهذا ما يؤكد عليه الدستور الطبي الأردني حيث تقوم المسؤولية الطبية بين المريض والطبيب على بذل العناية وعدم الإهمال وليس الشفاء[٣]. وعلى صعيد الاجتهاد القضائي فان محكمة التمييز الأردنية اعتبرت طبيعة التزام الطبيب انه التزام ببذل عناية وذلك من خلال القراءة المتعمقة لبعض قراراتها . فقد قضت محكمة التميز الأردنية حول قضية تتعلق بطفل أجريت له عملية جراحية في مستشفى خاص بالقول "... والثابت بالبينة الفنية إن نتائج المداخلة الجراحية ومعالجة الطفل ليست مضمونة النتائج نظرا لطبيعة حالته المرضية غير المستقرة , وما يصاحبها من تطور التشوهات وحدوث المضاعفات , وحيث أن التزام الطبيب في مثل هذه الحالة يقتصر على بذل العناية وليس على تحقيق غاية , وحيث أن البينة تشير إلى أن المدعى عليه قد بذل عناية عادية في معالجة الطفل ... الذي خرج معافى من المستشفى , وان المضاعفات التي حصلت معه بعد ذلك كانت نتيجة لحالته المرضية , فانه لا يعد مسؤولا عن ضمان تلك المضاعفات "[٤].

كما جاء في مشروع قانون المسؤولية الطبية الأردني وتحت عنوان المسؤولية الطبية على انه " تقوم المسؤولية الطبية بين المريض والطبيب على بذل العناية وعدم الإهمال وليس

---

[١] مرقس , **الوافي** , مرجع سابق , ص ٣٩٧ . محتسب الله , بسام , **المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق** , ط١ , دار الإيمان , دمشق , ١٩٨٤, ص ٩١ . . التونجي , عبدالسلام , **المسؤولية المدنية (مسؤولية الطبيب في القانون المقارن)** , ط١ , دار المعارف , لبنان , ١٩٧٦ , ص ٣٣١

[٢] عبدالكريم , **رضا المريض** , مرجع سابق , ص ٧٤

[٣] المادة ١ , **الدستور الطبي الأردني** , مرجع سابق . وتنص على انه " إن مهنة الطب مهنة إنسانية وأخلاقية وعلمية قديمة قدم الإنسان، أكسبتها الحقب الطويلة تقاليد ومواصفات تحتم على من يمارسها أن يحترم الشخصية الإنسانية في جميع الظروف والأحوال وان يكون قدوة حسنة في سلوكه ومعاملته مستقيماً في عمله، محافظاً على أرواح الناس وأعراضهم، رحيماً بهم وباذلا جهده في خدمتهم، وتقوم المسؤولية الطبية بين الطبيب والمريض على بذل العناية وعدم الإهمال وليس الشفاء.

[٤] تمييز حقوق رقم ٢٠٠٥/٤٢٢٦ تاريخ ٢٠٠٦/٨/١٦ , **منشورات مركز عدالة** . www.adaleh.com . كذلك تمييز حقوق رقم ٢٠٠٥/٣٧٥٤ تاريخ ٢٠٠٦/٤/٣ , **منشورات مركز عدالة** , مرجع سابق . حيث جاء فيه " .... وحيث أن دور الطبيب في مثل هذه الحالة هو بذل عناية لا تحقيق نتيجة فان هذه الأسباب بالتالي مستوجبة الرد ".

الشفاء "[١]. فالطبيب لا يلتزم في حالة التلقيح الصناعي بتحقيق نتيجة معينة , فهو لا يلتزم بتحقيق الحمل , وإنما يلتزم فقط ببذل العناية اللازمة لإتمام عملية التلقيح بنجاح , وفي سبيل تحقيق هذا الهدف , عليه أن يبذل العناية الواجبة واليقظة المطلوبة لتحقيقه والتي تتفق مع الأصول المستقرة في علم الطب .

وجدير بالملاحظة انه ليس هناك اختلاف في القانون الفرنسي من حيث اثر متابعة الطبيب وفقا للمسؤولية التقصيريّة أو العقدية لأنه في كلتا الحالتين تؤسس المسؤولية على الخطأ[٢] , كما أن مدة تقادم الدعوى المقررة لسقوط دعاوى المطالبة بالتعويض أصبحت موحدة[٣]. وكذلك في القانون الأردني فانه ليس هناك فرق بين الطابع التعاقدي أو التقصيري

---

[١] المادة ١١ , **مشروع قانون المسؤولية الطبية الأردني لسنة ٢٠٠٩** , مرجع سابق

[٢] أقام المشرع الأردني المسؤولية على أساس الضرر وليس على أساس الخطأ , فالمشرع الأردني لم يأخذ باركان الخطأ كاملة , حيث اكتفى بركن التعدي ولم يأخذ بركن الإدراك وذلك ثابت من نص المادة ٢٥٦ من القانون المدني والتي تنص على انه " كل إضرار بالغير يلزم فاعلة ولو غير مميز بضمان الضرر ". تمييز حقوق رقم ٣٨٤/ ١٩٧٢ تاريخ ٣٠/١١/ ١٩٧٢ , **منشورات مركز عدالة** , مرجع سابق . حيث جاء فيه " من المبادئ المسلم بها أن الخطأ هو أساس المسؤولية المدنية "

[٣] وحد قانون ٤ مارس ٢٠٠٢ الفرنسي مدة التقادم بالنسبة لكل الدعوي المتعلقة بالتعويض ب ١٠ سنوات سواء تعلق الأمر بالقضاء المدني أو الإداري . وهذا على خلاف ما كان عليه سابقا , حيث كانت مدة التقادم بالنسبة للقضاء الإداري ٤ سنوات و٣٠ سنة بالنسبة للقضاء المدني في حالة تأسيس الدعوى على المسؤولية التعاقدية .

Bourgeois, N .et Durrieu – Diebolt , " Loi du 04 Mars 2002 " precite, p21/36

مشار إليه في عبدالكريم , **رضا المريض** , مرجع سابق , ص ٦٩ . تنص المادة ١/٢٢٧٠ من القانون المدني الفرنسي على " تقام دعاوى المسؤولية خارج النطاق العقدي بمضي ١٠ سنوات تحسب من وقت ظهور الضرر وتفاقمه "

Art 2270/1 " Toute personne physique ou morale dont la responsabilité peut être engagée en vertu des articles 1792 à1792-4 du présent code est déchargée des responsabilités et garanties pesant sur elle ,en application des articles 1792 à 1792-2, après dix ans à compter de la réception des travaux ou, en application de l'article 1792-3, à l'expiration du délai visé à cet article. ".

تقابلها المادة ٣/٢٧٢ من القانون المدني الأردني التي جاء فيها " لا تسمع دعوى الضمان في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار ".

لمسؤولية الطبيب لأنها تخضع لنفس الأحكام من حيث وجوب إثبات خطأ الطبيب , والــضرر الناتج عن هذا الخطأ وعلاقة السببية بينهما [١].

وبناء على ذلك فان الطبيب القائم بعملية التلقيح الصناعي يكون خاضــعا طبقــا لهــذه المسؤولية عندما يصدر منه ما يوجب مسؤوليته , لان المسؤولية الطبية صــورة مــن صــور المسؤولية المدنية بوجه عام . وعليه فان المسؤولية لكي تقوم اتجاه الطبيــب القــائم بــالتلقيح الصناعي أركان ثلاثة هي : خطأ من الطبيب , ضرر أصاب المريض نتيجة هذه العملية , وان يكون الخطأ هو السبب في وقوع الضرر وهو ما يقتضي تقسيم هذا الفصل إلى :-

- **المبحث الأول : الخطأ (الإضرار)**
- **المبحث الثاني : الضرر**
- **المبحث الثالث : علاقة السببية بين الخطأ والضرر**

(١) تمييز حقوق رقم ٣٣٤ /١٩٧٥ تاريخ ١٩٧٥/٨/١٨ , **مجلة نقابة المحامين** , ١٩٧٦ , ص ٩٢٧ . حيــث جاء فيه " إن المسؤولية المدنية تقوم على أركان ثلاثة : خطا وضرر ورابطة الخطأ بالضرر وتجعل الأول علة الثاني وسببه."

المبحث الأول

الخطـــــأ الطبي

إن الواقع العملي يقرر مدى أهمية البحث عن فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية الطبيـــة , ذلك أنها تزايدت دعاوي مساءلة الأطباء ومساعديهم , وخصوصا الـــذين يقومـــون بالعمليـــات الجراحية وما تمثله من خطورة على حياة المريض , الأمر الذي يجعل من الـــصعوبة بمكـــان تحديد المسؤول عن الضرر الذي لحق بالمريض , وما هي الأخطاء التي يقـــع فيهـــا الأطبـــاء عموما وطبيب التلقيح الصناعي على وجه الخصوص . فالخطأ لغة ضد الصواب وضد العمـــد وضد الواجب , كما انه يقال اخطأ إذا سلك سبيلا مخالفا للمسلك الصحيح عامدا أو غير عمد(١).

إلا أنه وبعيدا عن التعريفات التي أعطيت للخطأ من قبل الفقهاء (٢). يمكننـــا تعريـــف الخطأ بأنه " إخلال بالتزام قانوني , بمعنى أن يتخذ هذا الشخص في سلوكه اليقظـــة والتبـــصر حتى لا يضر بالغير , وانحرافه عن هذا السلوك مع توافر قدرته على التمييز بحيث يدرك انه قد انحرف عن السلوك مع توافر قدرته الواجب الإتباع , كان هـــذا الانحـــراف خطـــا مـــستوجبا لمسؤوليته"(٣). وهذا هو الخطأ التقصيري , أما الخطأ العقدي فهو إخلال المدين بالتزامه العقدي

أما تعريفه قانونيا , فلصعوبة تحديد الخطأ فقد تجنب المشرع في مختلف الدول ومنهـــا المشرع الأردني والفرنسي والمصري التعرض لتعريفه , إذ ترك التعريف للفقه والقضاء , حتى

---

(١) أنيس , إبراهيم , **المعجم الوسيط** , بدون طبعة , ج١ , بـــدون دار نـــشر , القـــاهرة , ١٩٦٠ م , ص ٢ . محتسب الله , **المسؤولية الطبية** , مرجع سابق , ص ١٧٧

(٢) السنهوري , عبدالرزاق, **الوسيط في شرح القانون المدني** , ج١ , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٨١ , ص ٧٧٧ وما بعدها , عاطف النقيب , **النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي (الخطأ والضرر)** , ط٣ , منشورات عويدات , بيروت , ١٩٨٤ , ص ١١٢ – ١٢٢ . الدنون , حسن علي , **المبسوط في شرح القانون المدني** , ط١ , ج٢, دار وائل للنشر , عمان , ٢٠٠٦ , ص ٦٥ – ٩٣ . مرقس , **المسؤولية المدنية** , مرجع سابق , ص ١٨٢ وما بعدها . التونجي , **المسؤولية المدنية** , مرجـــع ســـابق , ص ٢٥٦ –٢٥٨ . السرحان , عدنان , **مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي** , المجموعة المتخصصة فـــي المـــسؤولية القانونية للمهنيين , ج١ (المسؤولية الطبية) , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , لبنان , ٢٠٠٠ , ص ١٤٥. محتسب الله , **المسؤولية الطبية** , مرجع سابق , ص ١٢٠

(٣) قايد , أسامة عبدالله , **المسؤولية الجنائية للأطباء** , بدون طبعة , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٨٧م , ص ٢٠٤

أن المشرع الجزائي الأردني قد أورد صورا للخطأ دون وضع تعريف له [١]. ولم يشذ عن هذه القاعدة سوى بعض الدول , مثل القانون المدني التونسي في المادة ٣/٨٣ منه والقانون المـــدني المغربي في المادة ٣/٧٨ من القانون المدني المغربي فقد عرفاه بأنه " عبارة عن إهمال ما يجب أو إتيان ما يجب الامتناع عنه دون قصد الإضرار"[٢] .

وعليه فإننا سنتناول الخطأ الطبي والذي هو صورة من صور الخطأ بوجه عام , فإنني سوف أقوم بتقسيم هذا المبحث وفق الخطة التالية :

المطلب الأول : مفهوم الخطأ الطبي في التلقيح الصناعي

المطلب الثاني : صور الخطأ الطبي في التلقيح الصناعي

---

[١] جاء في المادة ٦٤ من قانون العقوبات الأردني تعد الجريمة مقصودة وإن تجاوزت النتيجة الجرمية الناشـــئة عن الفعل قصد الفاعل إذا كان قد توقع حصولها فقبل بالمخاطرة، ويكون الخطأ إذا نجم الفعـــل الـــضار عـــن الإهمال أو قلة الاحتراز أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة .

[٢] يعلق على هذا التعريف الدكتور سليمان مرقس بقوله إن هذا العريف اقتصر على خطأ الإهمال دون العمد .

المطلب الأول

مفهوم الخطأ الطبي في التلقيح الصناعي

يستعمل اغلب الشرّاح تعبير الخطأ الطبي للإشارة إلى الخطأ الذي يؤدي ثبوته إلى انعقاد مسؤولية الطبيب , أو المسؤولية الطبية . إلا أن بعض الشرّاح يرى استعمال لفظ خطأ الطبيب بدلا من الخطأ الطبي حيث أن تعبير خطأ الطبيب أكثر دلالة على المعنى المقصود , فتعبير الخطأ الطبي قد يفهم منه انه ذلك المرتبط بالأعمال الطبية بصرف النظر عمن ارتكبه , أما تعبير خطأ الطبيب فيركز الاهتمام على مرتكبي الخطأ ويفيد مباشرة أن الخطأ ينسب إلى شخص بمقتضى صفته كطبيب , حيث يعتبر هذا اللفظ أكثر شمولا من تعبير الخطأ الطبي .[١]

لقد أشرت إلى أن المشرع الأردني قد جاء خالياً من تعريف الخطأ سواء في القانون المدني أو القانون الجزائي , وبالرجوع إلى نصوص بعض القوانين الطبية في الأردن لم اعثر على مفهوم يحدد مسؤولية الطبيب عموما وفي التلقيح الصناعي خصوصا [٢]. إلا ما جاء في قانون نقابة الأطباء الأردنية " كل طبيب يخل بواجباته المهنية خلافا لأحكام هذا القانون وأي نظام صادر بمقتضاه أو يرتكب خطأ يتجاوز حقوقه أو يقصر بالتزاماته وفق الدستور الطبي أو يرفض التقيد بقرارات المجلس أو يقدم على عمل يمس بشرف المهنة أو يتصرف في حياته الخاصة تصرفا يحط من قدرها , يعرض نفسه لإجراءات تأديبية أمام مجلس التأديب "[٣] . كما ورد تعريف الخطأ الطبي في مشروع قانون المسؤولية الطبية الأردني على إنه " أي نشاط سواء بالفعل أو بالترك لا يتفق مع القواعد المهنية وينتج عنه ضرر" [٤] . لذلك لا بد من البحث عن تعريف الخطأ الطبي في التشريعات المقارنة . ففي هذا الصدد نجد أن محكمة النقض

---

[١] البيه , محسن عبدالحميد , **خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية** , بدون طبعة , مطبوعات جامعة الكويت , الكويت , ١٩٩٣ , ص ٨

[٢] ا قانون الصحة العامة , مرجع سابق . قانون نقابة الأطباء الأردنية , مرجع سابق . قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان , مرجع سابق . الدستور الطبي الصادر عن نقابة الأطباء الأردنية , مرجع سابق .مشروع قانون المسؤولية الطبية لسنة ٢٠٠٩ , مرجع سابق . مشروع قانون التقنيات الطبية المساعدة على الإنجاب لسنة ٢٠٠٧, مرجع سابق .

[٣] المادة ٤٥ , **قانون نقابة الأطباء الأردنية** , مرجع سابق

[٤] المادة ٢ , **مشروع قانون المسؤولية الطبية لعام٢٠٠٩** , مرجع سابق

الفرنسية قد عرفته بأنه " كل مخالفة أو خروج من الطبيب في سلوكه على القواعد والأصول الطبية الثابتة المتعارف عليها بين الأطباء"[١].

ويعرفه جانب من الشرّاح بأنه " تقصير لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب "[٢]. أو بأنه " إخلال من الطبيب بواجبه في بذل العناية الوجدانية اليقظة , الموافقة للحقائق العلمية المستقرة "[٣]. ويعرفه البعض الآخر بأنه " ذلك الشذوذ والانحراف في سلوك الطبيب المحترف الحريص والمثابر والمؤهل لو وضع في نفس الظروف التي كان فيها الطبيب فاعل الضرر , فأي اختلاف بين مسلك الشخصين يظهر وجود الخطأ "[٤].

ويثور التساؤل هل يسال الطبيب عن جميع أنواع الخطأ الجسيم منها واليسير ؟ أما انه لا يسال إلا عن الأخطاء الجسيمة فقط ؟

لقد كان الفقه والقضاء الفرنسي قديما وشايعه بذلك الفقه والقضاء المصري لفترة طويلة من الزمن والذي كانا يفرقان بين الأخطاء المهنية(العادية) التي لا تتصل بمهنة الطب والأخطاء المهنية (الفنية) المرتبطة بالأصول الفنية للمهنة. وقد كان الطبيب عند الفرنسيين لا يسأل عن الخطأ المهني إلا عندما يكون جسيما وحجتهم في ذلك توخي أسباب الطمأنينة والثقة لدى الأطباء بحيث لا يمنعهم الخوف من المسؤولية من ممارسة مهنتهم بحرية , وخاصة أن هنالك أمور طبية كثيرة يصعب التقدير فيها بحيث تدفع الأطباء إلى التراجع عن واجبهم مما يضر بالمرضى[٥]. فقد كان أول حكم لمحكمة النقض الفرنسية سنة ١٨٣٥[٦] حيث قررت المحكمة في ذلك الحكم إن الطبيب يسأل عن الإهمال الذي وقع منه وأدى إلى ضرورة قطع ذراع المريض

---

(١) Civ. 31-5-1960.D.1960.j.c.p.1961 – 11 11914

مشار اليه : الخولي , **المسؤولية الجنائية** , مرجع سابق , ص ٦٥

(٢) الفتلاوي , صاحب عبيد , **التشريعات الصحية** , ط٢ , دار الثقافة للنشر والتوزيع , عمان , ١٩٩٧ , ص ١٦١

(٣) الفضل , منذر, **مجلة القانون** , نقابة المحامين الأردنيين , ١٩٩٩م , ص ١٣

(٤) سرحان , **مسؤولية الطبيب** , مرجع سابق , ص ١٤٥

(٥) عساف , وائل تيسير محمد , **المسؤولية المدنية للطبيب** , رسالة ماجستير (غير منشورة) , جامعة النجاح الوطنية , فلسطين , نابلس , ٢٠٠٨م , ص ٦٣

(٦) Civ ,18juin 1935, S . 1835, 1,401 , conal , pro , gen ,Dupin

حيث إن ذلك الأمر يعد بمثابة خطا جسيم وقع من الطبيب وعلى الخصوص انــه تخلــى عــن المريض بإرادته وتركه يعاني من الآم المرض . إلا أن القضاء الفرنسي هجر هذه الفكرة حيث ذهبت محكمة جرينوبل الفرنسية (Grenoble) في ١٩٤٦/١١/٤ إلى أن " الطبيب مسؤول عن الأخطاء التي تقع منه أثناء ممارسته مهنته , وكذلك عن الضرر المتسبب عن إهمالــه وعــدم احتياطه , في تشخيص الداء ووصف الدواء وإجراء العمليات , ولا يلزم لقيام هذه المسؤولية أن يرتكب الطبيب خطا جسيما , إذ لا يوجد بين نصوص القانون ما يعفي الطبيب من المــسؤولية عن الخطأ اليسير متى كان هذا الخطأ واضحا [١].

خلاصة القول إن القضاء الفرنسي والمصري وعلى رأسهم محكمة النقض قد اســتقرا الآن على عدم اشتراط جسامة الخطأ لانعقاد مسؤولية الطبيب عن عمله الفني , وان كــل مــا يشترط الآن هو أن يكون خطأ الطبيب محققاً ومتميزاً.

أما القضاء الأردني فقد استقر على قيام المسؤولية عن الخطأ المهني , وذلك بالاســتناد إلى القاعدة المنصوص عليها في المادة ٢٥٦ من القانون المدني الأردني , حيث قضت محكمة التمييز الأردنية " إن الأخطاء الفنية التي ترتب المسؤولية على المهندس – شانه في ذلك شــان باقي المهنيين – لا تنحصر في الأخطاء التي تصدر عن نية سيئة فقط بل تتعدى إلى كل سلوك يعتبر خروجا عن المألوف من أهل الصنعة في بذل العناية الفنية التي تقتضيها أصول المهنــة وقواعد الفن"[٢]. فنجد إن القرار لم يميز بين الخطأ الجسيم واليسير في الأخطاء المهنية , وإنما اعتبر المهني ومنهم الأطباء مسؤولا عن أي فعل يعتبر خروجا عن المألوف من أهل الصنعة . كما أن قانون نقابة الأطباء الأردنية أورد لفظ الخطأ بشكل عام في المادة ٤٥ منه[٣].

وينظم الباحث للرأي القائل بأنه لا مجال في المسؤولية الطبية وغيرها للتفرقــة بــين الأخطاء المادية والفنية ويلزم مساءلة الطبيب عن جميع الأخطاء مادية كانت أم فنية , جسيمة أم يسيرة , متى كان هذا الخطأ ثابتا ثبوتا كافيا في حقه , فنصوص المسؤولية جاءت عامــة ولــم تفرق بين نوعي الخطأ , كما أنها لم تفرق من ناحية مرتكبي الخطأ بين فنيين أو غير فنيــين , وعليه فان أي خطا قد يصدر من جانب الطبيب القائم على التلقيح الصناعي فانه يسال عنــه ,

---

[١] مشار إليه : البيه , **خطأ الطبيب** , مرجع سابق , ص ٣٥

[٢] تمييز حقوق رقم ١٩٧٨/٤٨٧ تاريخ ١٩٧٨/٤/٢٦ , **مجلة نقابة المحامين** , ١٩٧٨ , ص ٨٥١

[٣] المادة ٤٥ , **قانون نقابة الأطباء الأردنية** , مرجع سابق

سواء أكان هذا الخطأ عاديا أم فنيا , يسيرا أو جسيما , فطبيب التلقيح الصناعي كغيره من الأطباء لم يفرد له المشرع أية نصوص خاصة , وان مساءلته تكون وفقا للقواعد العامة في القانون المدني الذي لم يفرق بين الطبيب وغيره في مجال المسؤولية المدنية .

وقد استقر الرأي لدى الفقه والقضاء على أن المعيار العام للخطأ هو المعيار الموضوعي وليس المعيار الشخصي وقوامه الشخص العادي , الوسط[١]. وحدد القانون المدني الأردني المعيار العام لتنفيذ الالتزام في المادة ١/٣٥٨ التي تنص " إذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بإدارته أو توخي الحيطة في تنفيذ التزامه فإنه يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتم يتحقق الغرض المقصود هذا ما لم ينص القانون أو الإنفاق على غير ذلك ".

أما محكمة التمييز الأردنية فانه لا يوجد لها اجتهاد محدد حول المعيار العام للخطأ الطبي بشكل خاص إلا أن قضاء المحكمة استقر على قيام مسؤولية مرتكب الخطأ المهني بشكل عام , حيث حددت معيار المسؤولية بالخروج عن السلوك المألوف من أهل الصفة حيث جاء بقرار لها " من المقرر في شان الخطأ المهني إن المعيار الذي يقاس على هذا الخطأ هو معيار فني وبالتالي فهو معيار شخصي من أوساط رجال الفن ومثل هذا الشخص لا يجوز له أن يخطئ فيما استقر عليه أصول فنه. وبناء على ذلك فينتفي ركن الخطأ وتنتفي المسؤولية عن التعويض إذا لم يثبت إن مدير مختبر الجمارك قد خرج عن الأصول المستقرة في فن التحليل لدى تحليله للبضاعة عند فحصه للبضاعة للمرة الأولى الذي ثبت خطاه في تحليله الثاني لها [٢]. ونرى على ضوء نص المادة ١/٣٥٨ المشار إليها وقرارات محكمة التمييز إن المعيار العام لخطا الطبيب في القانون الأردني هو معيار السلوك الشخصي العادي أي سلوك طبيب عادي وسط من ذات التخصص والمستوى العلمي للطبيب .

مما سبق نخلص إلى أن مفهوم خطأ الطبيب في التلقيح الصناعي هو خروج الطبيب المختص بإجراء التلقيح الصناعي في سلوكه على القواعد والأصول الطبية التي يقضي بها العلم الطبي الحديث أو المتعارف عليها نظريا وعمليا وقت تنفيذه لهذه الأعمال أو إخلاله بواجبات

---

(١) السنهوري , **الوسيط** , ج٢ , مرجع سابق , ص ١٠٨٦

(٢) تمييز حقوق رقم ١٩٨٨/٣٨٠ تاريخ ١٩٨٨/٥/٢٨ , **منشورات مركز عدالة** , مرجع سابق .

الحيطة واليقظة التي يفرضها القانون متى ترتب على خطئه ضرر أصاب المريض الذي اجري له مثل هذا العمل[١].

من التعريف السابق يتضح انه لا بد من معرفة ما هي القواعد والأصول الطبية لمهنة الطب وقت تنفيذ العمل الطبي.

لقد أكدت التشريعات الصحية في العديد من الدول على ضرورة التزام الطبيب أثناء مزاولته مهنة الطب بعدم الخروج عن القواعد والأصول العلمية الثابتة في علم الطب , وإلا عد مرتكبا لخطا طبي يوجب قيام مسؤوليته المدنية حيث نص الدستور الطبي الأردني على " إن مهنة الطب مهنة إنسانية وأخلاقية وعلمية قديمة قدم الإنسان ، أكسبتها الحقب الطويلة تقاليد ومواصفات تحتم على من يمارسها أن يحترم الشخصية الإنسانية في جميع الظروف والأحوال وان يكون قدوة حسنة في سلوكه ومعاملته مستقيماً في عمله ، محافظاً على أرواح الناس وأعراضهم، رحيماً بهم وباذلا جهده في خدمتهم ، وتقوم المسؤولية الطبية بين الطبيب والمريض على بذل العناية وعدم الإهمال وليس الشفاء "[٢]. كما قررت محكمة التمييز الأردنية بأنه " إذا اتبع الطبيب المعالج القواعد التي يقضي بها العلم وأصول الخبرة الفنية , فإذا اخل الطبيب بهذه القواعد دون قصد سئل عن خطا طبي والجهة القادرة على تحديد مسؤولية الطبيب هي الخبرة الفنية "[٣]. فالطبيب ملزم بمجرد موافقته على علاج مريض , بتقديم العلاج اللازم بما يتسم بالإخلاص والتفاني ومطابقته لمعطيات العلم الحديث [٤] .

من استقراء القوانين الطبية المتعددة في الأردن فإنني لم أجد نصا يبين ما هية القواعد والأصول الطبية الواجبة الإتباع تاركا ذلك للفقه والقضاء . إلا أن المشرع الفرنسي قد أشار بصورة ضمنية للقواعد والأصول الطبية في قانون الموجبات الطبية حيث نص على أن الطبيب

---

[١] القيسي ، عامر , **مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي** , ط١ , دار الثقافة للنشر والتوزيع , عمان , ٢٠٠١ , ص ٧٢

[٢] المادة ١ , **الدستور الطبي الأردني** , مرجع سابق

الدستور الطبي وواجبات الطبيب وآداب المهنة لسنة ١٩٨٩ المنشور على الصفحة ٣٨١ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٣٦٠٧ تاريخ ١٦/ ٢/ ١٩٨٩ صادر بموجب المادة ١٨ فقرة أ من قانون نقابة الأطباء الأردنية

[٣] تمييز حقوق ٢٠٠٨/١٤٣٨ تاريخ ٢٠٠٨/٩/٢٩ (هيئة خماسية), **منشورات مركز عدالة** , مرجع سابق

[٤] الحياري , احمد حسن عباس , **المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص** , بدون رقم طبعة , دار الثقافة , عمان , ٢٠٠٦ , ص ١٠٩

يجب دائما أن يضع تشخيصه بعناية أكثر وان يستخدم في كل إجراء يقوم به الطرق العلمية الأكثر تخصصا ودقة ووضوحاً[١].

أما الفقه فقد عرف جانب منه الأصول العلمية التي يجب أن يراعيها الطبيب بأنها ما تعارف عليه أهل الطب والتي لا يتسامحون بخصوصها مع من يجهلها أو يتجاهلها من الأطباء والجراحين , وتجدر الإشارة إلى أن القول بمراعاة هذه الأصول والقواعد الطبية المتعارف عليها لا يتنافى مع الاعتراف للطبيب أو الجراح باستقلالية في تقدير أسلوب العلاج المناسب لمريضه , طالما ثبت أن هذا الأسلوب لا يعد من قبيل الجهل بأصول علم الطب أو الجراحة , وان كان محل خلاف بين مؤيد ومعارض له دون أن يستقر الرأي عليه بعد , فالعبرة بكونه مقبول علميا وثابت ولم يتم الاتفاق على فشله أو هجره[٢].

وفي تعبير لمحكمة النقض الفرنسية في قرار *Mercier* الشهير , إذا كانت هذه العناية تخالف الحقائق العلمية الحالية , فمن واجب الطبيب متابعة التطور العلمي , والخطأ الفني يتصل بالمسائل العلمية ويتمثل في الغلط الذي يقع على عاتق الطبيب سواءً في التشخيص أو في العلاج أو في العمل الجراحي ويحاسب عليه الطبيب لما ينطوي عليه من مخالفة أكيدة واضحة للحقائق العلمية المسلم بها والأصول الفنية المستقرة , ولا عبرة لجسامة الخطأ[٣].

فالطبيب يكون مخطئا إذا لم يبذل العناية الوجدانية اليقظة وبوجه عام إذا اخل بواجباته تجاه المريض نتيجة جهل أو تهاون للحقائق العلمية المكتسبة أو المستقرة . فيعد خروجا عن الأصول والقواعد العلمية الواجب مراعاتها أثناء القيام بالتلقيح الصناعي من جانب الطبيب إذا باشر علاجا خارج نطاق تخصصه , فواجبه المهني يفرض عليه الالتزام بتبصير المريض أو من ينوب عنه بالتوجه إلى الطبيب أو الجراح المختص بحالته.

---

[١] المادة ٦٣ , **قانون الموجبات الطبية** رقم ٧٩/٥٠٦ تاريخ ١٩٧٩/٦/٢٨ , مشار إليه : القيسي ، **مشكلات المسؤولية** , مرجع سابق , ص ٧٤

[٢] زغلول , بشير سعد , **استئصال وزرع الأعضاء البشرية من الوجهة القانونية** , ط١, دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٩م , ص ٣٢

[٣] القاسم , محمد هشام , **المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية** , مجلة الحقوق والشريعة , الكويت , ع ٢ , السنة ٥ , ١٩٨١ , ص ص ٨٧-٨٩

ويدخل في إطار الأصول العلمية بعض المفاهيم التي يجب مراعاتها قبل إقامة الخطأ على الطبيب ومن بينها العادات الطبية , والممارسات الطبية.

فالعادة الطبية هي ما يجري عليه العمل الطبي وتتصف بالواقعية والقدم والثبات وتتفق مع الأصول الطبية , وعدم مخالفتها للآداب العامة أو المبادئ الأساسية التي يقوم عليها قانون البلد , وتختلف عن العادة الاتفاقية التي تشمل الشروط السابقة إلا أن المتعاقدين يلتزمان بها صراحةً أو ضمنا وتصبح جزءً من العقد الطبي , وتكون ملزمة لهما كسائر محتويات العقد باعتباره شريعة المتعاقدين , دون أن يكسبها صفة القاعدة القانونية , إلا أن المشرع يرتفع بالعادة الاتفاقية إلى مرتبة العرف عن طريق الإحالة الصريحة إليها بنص خاص وتصبح ملزمة بوصفها تشريعاً[(١)].

وعليه فالعادة المهنية الطبية هي التي تنظم ما يجر عليه العمل المتعلق بالناحية الفنية الطبية , والتي تتميز بخاصية الحركة والتطور, أو يقصد بها الممارسات اليومية لمعطيات التطور العلمي التي يأتيها الأطباء عن إدراك[(٢)] . وهذه قابلة للتطور باستمرار نتيجة البحث والاكتشاف العلمي للأدوية وطرق التشخيص والعلاج[(٣)] .

فالعادة الطبية تعد احد المعايير التي يتعين على الطبيب احترامها وعدم الخروج عليها , وإلا يعد مخطئاً , وهو ما طبقه القضاء على قواعد التعقيم والوسائل الفنية المعتمدة بخصوص الولادة الصناعية .... فقد أدانت محكمة النقض الفرنسية الطبيب لمخالفته الالتزام بوسيلة التعقيم واعتبرت هذه الطرق بحكم العادات القانونية[(٤)].

أما الممارسات العلمية الطبية والتي تعني التطبيق العملي للقواعد والمبادئ , فهي عبارة عن طريقة مباشرة , وتختلف عن العادة الطبية في عنصر الزمن , أي عنصر الاستقرار

---

(١) عمران , السيد محمد السيد , **التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية** , بدون طبعة , مؤسسة الثقافة الجامعية , الإسكندرية , ١٩٩٢ , ص ١٦. ويرى بعض الشرّاح إن العادة الاتفاقية لا يشترط فيها أن تكون عامة – كما يشترط في العادة أن تكون عرفا– وانه يكفي قيامها بين شخصين اثنين متى ثبت إتباعهما إياها باطراد مدة كافية . مرقس , **الوافي** , ج١, فقرة ١٤٢ ص ٣٧٨ وما بعدها , مرجع سابق

(٢) عمران , **التزام الطبيب** , مرجع سابق , ص ١٨

(٣) الحياري , **المسؤولية المدنية** , مرجع سابق , ص ١١٠

(٤) مشار إليه , عمران , **التزام الطبيب** , مرجع سابق , ص ٢٢

والثبات , فالممارسة الطبية من جانب الطبيب لا ترقى إلى مستوى العادة الطبية حتى ولو طبقت من قبل البعض لعدم اتصافها بالإضطراد والاستقرار , ولاختلافها من طبيب إلى أخر [١].

وعلى ذلك لا تقوم مسؤولية الطبيب إذا لم تكن الاحتياطات اللاحقة المطالب بها واجبة من قبل قواعد الممارسة الطبية في وقت الحادث , وبالتالي يكون الطبيب مسؤولا عن عدم احترام القواعد المنظمة للممارسة العلمية الطبية السارية عندما يتصف فعله بالرعونة , وتصبح قواعد الممارسة الطبية واجبة الاحترام عندما تتجاوز مرحلة التجارب العلمية وتدخل في الممارسة العلمية الدائمة والمستمرة[٢] .

[١] عمران , **التزام الطبيب** , مرجع سابق , ص ٢٤

[٢] نقض مدني فرنسي في ١٤ /١٩٥٠/٢ مشار إليه لدى : عمران , **التزام الطبيب** , مرجع سابق , ص ٢٧

المطلب الثاني

صور الخطأ الطبي في التلقيح الصناعي

تؤكد بديهيات العمل الطبي إن على الطبيب التقيد بشكل دائم بالسلوك المستقيم وحسن الرعاية , واحترام كرامة مرضاه , فهو مسؤول عن كل عمل مهني يقوم فيه , فلا يجوز لأي طبيب ممارسة المهنة إلا بهويته الشخصية الحقيقية , ويجب أن تحمل كل وثيقة يسلمها اسمه وتوقيعه , ويجب عليه الاجتهاد لإفادة كل مرضاه ويقدم لهم معلومات واضحة وصادقة بمناسبة كل عمل طبي , وإلا يعد مخالفة ذلك إخلالا بالتزاماته مما يوجب معه قيام مسؤوليته[١] .

فالطبيب القائم بالتلقيح الصناعي هو إنسان بطبيعته يخطئ مرة ويصيب في أخرى , وعمل هذا الطبيب كما هو شان بقية الأطباء يمر بعدة مراحل , واحتمال الخطأ الطبي وارد في كل مرحلة , الأمر الذي له أهميته فيما يتصل بالنتائج المترتبة عليه .

وعلية سوف أقوم ببيان صور الخطأ الطبي الأكثر شيوعا في التلقيح الصناعي لأنه من الصعب حصر جميع الأخطاء الطبية في التلقيح الصناعي .

أولا : الخطأ الطبي قبل إجراء التلقيح الصناعي .

في هذه المرحلة قد يقع الطبيب القائم على عملية التلقيح الصناعي في أخطاء طبية تتمثل في :-

١. **الخطأ في الإعلام والتبصير**[٢]

التزام الطبيب بتبصير المريض وإعلامه بحالته والمخاطر المتوقعة من العلاج والجراحة من المبادئ الثابتة في المجال الطبي منذ وقت طويل . ويجد هذا الالتزام مصدره إما في القانون (إذا وجد نص بذلك) , أو عقد العلاج المبرم بين الطبيب والمريض , والذي يفترض أن يكون كل طرف من أطرافه , خاصة المريض , حراً ومستنيراً . ولن يتأتى ذلك

---

[١] الحياري , **المسؤولية المدنية** , مرجع سابق , ص ١١٨

[٢] يطلق الفقه المصري على هذا الالتزام بالإدلاء أو الإفضاء بالمعلومات

ما لم يخبره الطبيب بمخاطر العلاج أو الجراحة فيقبل أو يرفض عن بينــه مــن أمــره[١]. فالتزام الطبيب بالتبصير يمتد ليشمل جميع مراحل العلاج من تشخيص للمــرض واقتــراح للعلاج وتقديمه وأخيرا المتابعة والرقابة [٢]. ويجب أن تكون هــذه المعلومــات واضــحة ومعقولة ومبسطة بالنسبة للمريض , ويلتزم بالصدق والأمانة مــن يقــدمها , وان تكــون تقريبية[٣].

ففي الأردن نص الدستور الطبي الأردني في المادة ١٩ على انــه " يمكــن إخفــاء خطورة المرض عن المريض ولا يجوز البوح له بالترجيح المميت إلا بكل حيطة وحــذر، ولكن يجب أن يحاط الأهل علماً في حالة إخفاء الأمر على المريض. كما نــص مــشروع قانون المسؤولية الطبية[٤] ومشروع قانون اســتخدام التقنيــات الطبيــة المــساعدة علــى الإنجاب[٥]على ذلك. فعلى الطبيب إبلاغ المريض بطبيعة مرضه ودرجة خطورتــه إلا إذا اقتضت مصلحته المريض غير ذلك ويتعين إبلاغ ذوي المريض في حالة إذا كان ناقصا أو عديم الأهلية أو إذا كانت الحالة الصحية للمريض لا تسمح بإبلاغه شخصياً وتعذر الحصول على موافقة المريض لإعلام ذويه عن حالته المرضية.

وعليه يلتزم الطبيب بتنوير وتبصير الزوجين بحقيقة الموقــف بــصدق وأمانــة , وبطريقة سهلة مفهومة , وعلى وجه الخصوص مدى إمكانية نجاح العملية والطرق الممكنة لعملها , ونتائج وأثار كل منها حتى يستطيع الزوجين اختيار هذه الطرق وهما على بصيرة بظروفها وأثارها النفسية والاجتماعية والأخلاقية[٦]. كذلك تبــصير الــزوجين بالمخــاطر

---

[١] البيه , , **خطأ الطبيب** , مرجع سابق , ص ١٨٠

[٢] الجراح , جهاد محمد , **مسؤولية الفريق الطبي المدنية وفق أحكام التشريع الأردني** , رسالة دكتوراه (غير منشورة) , جامعة عمان العربية للدراسات العليا , عمان , الأردن , ٢٠٠٦ , ص ١٧

[٣] سرحان , **مسؤولية الطبيب** , مرجع سابق , ص ١٥٠

[٤] المادة ٤/١١ , **مشروع قانون المسؤولية الطبية لسنة ٢٠٠٩** , مرجع سابق .

[٥] المادة ٧ , **مشروع قانون استخدام التقنيات الطبية المساعدة على الإنجاب لسنة ٢٠٠٧** , مرجع ســابق , وجاء فيها " ب- مقابلة الزوجين المعنيين وتقديم النصح لهما واطلاعهما على الحقائق العلميــة الحديثــة ذات العلاقة في هذا المجال ونسب النجاح واحتمالية اللجوء إلى عدة محاولات .

ج – توضيح تأثير ومخاطر استخدام التقنيات الطبية المساعدة علــى الإنجــاب علــى صــحة الأم والمخاطر المحتملة بالنسبة إلى المولود المنتظر.

[٦] الزهرة , **الإنجاب الصناعي** , مرجع سابق , ص ٢٤٣

المرتبطة بالتلقيح الصناعي ونسبة النجاح المتوقعة وصحة الطفل وما يمكن أن يهددها من مخاطر وتعدد الأجنة وغير ذلك من المعلومات المتعلقة بتنفيذ الوسيلة محل البحث يعد من الواجبات الجوهرية للطبيب في مواجهة الزوجين أو قد يتعمد الطبيب عدم التبصير لكي يضمن الموافقة لأسباب ترجع إلى مصلحة خاصة به سواء مالية أو مهنية أو غير ذلك , أو قد يكون السبب في عدم التبصير بالمعلومات اللازمة هو الإهمال وعدم الاحتياط[١].

وهنا يثور التساؤل فيما إذا نجحت عملية الإنجاب الصناعي من الناحية الفنية , وكان الطبيب قد اخل بالتزامه بالتبصير وترتب على ذلك بعض الآثار الضارة للزوجين , فهل يسأل الطبيب عن ذلك وهل أن مسؤوليته عقدية أم تقصيرية ؟

إن نجاح عملية التلقيح من الناحية الفنية ما هو إلا أن الطبيب قد قام بتنفيذ التزامه ببذل العناية اللازمة , ذلك الالتزام العقدي الناشئ عن العقد الذي يجمع كل من الطبيب من ناحية والزوجين من الناحية الأخرى , إلا أن الطبيب المعالج لم يقم بتنفيذ التزامه بإعلام وتبصير الزوجين بالمعلومات اللازمة . والالتزام بالإعلام والتبصير هو التزام سابق على التعاقد[٢]. ومن ثم تكون مسؤولية الطبيب هنا تقصيرية .

٢. **الخطأ في الفحص :**

يقوم الطبيب هنا بفحص الزوج والزوجة فحصا ظاهريا للتعرف على ماهية المرض وتاريخه وذلك بملاحظة العلامات أو الدلائل الاكلنيكية وقد يستعين الطبيب في الفحص ببعض الأجهزة البسيطة مثل السماعة الطبية وجهاز قياس الضغط أو غيرها من الأدوات الطبية التي تستخدم في إتمام عملية الفحص . والغاية من هذا الفحص هو الإثبات أو التحقق من وجود دلائل أو ظواهر معينة تساعد الطبيب في وضع التشخيص للمرض[٣].

أما المرحلة الثانية من الفحص فقد أطلق عليها القضاء الفرنسي "مرحلة الفحص التكميلية" وهي التي يقوم فيها الطبيب بإجراء فحوص أكثر عمقا لبيان حالة المريض

---

[١] الخولي , **المسؤولية الجنائية** , مرجع سابق , ص ١٤٠

[٢] أبو عرابي , غازي , **المسؤولية المدنية** , محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير في الجامعة الأردنية (غير منشورة) , ٢٠٠٨ , ص ١١

[٣] الخولي , **المسؤولية الجنائية** , مرجع سابق , ص ٧٦

بالتحديد , ومن أمثلة هذه الفحوص , التحاليل الطبية والأشعة وإجراء رسـومات للقلـب أو استخدام المناظير الطبية أو الموجات الصوتية والتي تساعده في وضع التشخيص[١].

فالطبيب ملزم بإجراء الفحوص اللازمة للتأكد من توافر الـشروط الـصحية لـدى الزوجين بما يضمن ميلاد طفل يتمتع بحالة صحية جيدة ونجـاح العمليـة دون الإضـرار بصحة الأم[٢]. فقد استقر القضاء الفرنسي على إن إجراء الفحوص التمهيديـة أو التكميليـة (في بعض الحالات) للمريض أمر ضروري قبل تنفيذ العلاج , وإهمال الطبيب في إجـراء مثل هذه الفحوص يشكل خطا تقوم علية مسؤولية الطبيب , فقد قضت المحاكم الفرنسية بان إجراء الطبيب للعملية دون إجراء الفحوص الدقيقة والضرورية للمريض مع عـدم وجـود سبب يسوغ تعجله في إجراء مثل هذه العملية يشكل خطأ يسال عنه[٣].

وبالرجوع إلى أحكام القضاء الأردني لم أجد أحكاماً تقرر مسؤولية الطبيـب عـن إهماله في إجراء الفحوصات اللازمة للتشخيص أو وصف العلاج .

٣. الخطأ في التشخيص :

تعتبر مرحلة التشخيص من أهم وأدق مراحل العلاقة بين الطبيـب والمـريض . ويعرف التشخيص بأنه " البحث والتحقق من المرض الذي يعاني منه المريض وذلك عـن طريق معرفة اثر الظروف المحيطة به في مجال الأسـرة والعمـل والظـروف النفـسية والاجتماعية على حياة المريض حتى يمكن الوصول إلى معرفة حقيقة المرض , فهو عمل يهدف إلى التعرف وتحديد الأمراض بعد معرفة أعراضها "[٤].

ومن هنا تكمن أهمية التشخيص ذلك أن العلاج أو العمل الجراحـي عمومـا يبـدأ بالتشخيص , حيث يلزم الطبيب الذي تعرض عليه حالة العقم أن يقوم بتشخيص السبب الذي أدى إلى حالة العقم , حيث أن هذه الحالة لها العديد من الأسباب كما اشرنا سابقا , بـل إن

---

[١] قايد , **المسؤولية الجنائية** , مرجع سابق , ص ٦١

[٢] الشيخ , بابكر , **المسؤولية القانونية للطبيب** , ط١ , دار الحامد , عمان , ٢٠٠٢م , ص ٢٨٤

[٣] Montpellier> 5-5-1971 .J. C . P. 1971 – 11- 16783

مشار إليه : الخولي , **المسؤولية الجنائية** , مرجع سابق , ص ٧٦

[٤] قايد , **المسؤولية الجنائية** , مرجع سابق , ص ٢٤٥

للتشخيص أثره البالغ في نتائج العلاج أو العمل الجراحي , إذ أن أي خطأ فيه لابد وان ينعكس على العلاج , وقد يؤدي هذا الخطأ في التشخيص إلى خطأ في العلاج الذي يفترض أن يكون متوافقا مع حالة التشخيص وقد يؤدي إلى إزهاق روح المريض أو إصابته بعجز كلي أو جزئي دائم أو مؤقت تتحقق معه مسؤولية الطبيب[١].

وفي هذه المرحلة يجب على الطبيب عند تشخيصه للحالة أن يضع تشخيصه بعناية أكثر وان يستخدم في كل إجراء يقوم به الطرق العلمية الأكثر تخصصا ودقة ووضوحا . ومؤدى هذا ضرورة التزام الطبيب بإتباع الأصول العلمية المتعارف عليها بين أطباء أهل الاختصاص[٢]. فقد نص المشرع الفرنسي في المادة ١٤ من قانون آداب مهنة الطب التي تنص " على الطبيب أن يبذل جهودا يقظة في وضع التشخيص , وان يقوم بكل إجراء ممكن دون استثناء , ويستعين بكل رأي أو طريقة علمية أكثر فاعلية وفائدة في الوصول إلى التشخيص السليم"[٣].

كما أن الطبيب بحاجة إلى مشورة بعض كبار الأخصائيين من الأطباء إذا تطلب الأمر ذلك خاصة في نطاق التلقيح الصناعي إذ عليه أن يقبل إجراء الاستشارة إذا طلب المريض أو ذووه إجراءها . فالطبيب الحاصل على درجة استشاري في أمراض العقم يرتفع مستوى تخصصه في علاج هذا المرض عن الحاصل على اختصاصي كما إن الطبيب الذي مارس عمله مدة طويلة في علاج العقم يكون أكثر تخصصا من الطبيب حديث التخرج ,

---

(١) القيسي , **مشكلات المسؤولية** , مرجع سابق , ص ٨٨

(٢) الخولي , **المسؤولية الجنائية** , مرجع سابق , ص ٧٧

(٣) المادة ١٤ , **قانون آداب مهنة الطب الفرنسي** رقم ٧٩/٥٠٦ المعدل بالقانون الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/٨/٧ .

Article R4127-14 " Les médecins ne doivent pas divulguer dans les milieux médicaux un procédé nouveau de diagnostic ou de traitement insuffisamment éprouvé sans accompagner leur communication des réserves qui s'imposent. Ils ne doivent pas faire une telle divulgation dans le public non médical" .

www.ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/lois_speciales

فالاستشارة الطبية تؤدي إلى تشخيص علمي ودقيق للمرض وهذا ما نصت عليه المادة ٣١ من الدستور الطبي الأردني[١].

أما في الأردن فلم اعثر على حكم قضائي يخص الخطأ الطبي في التشخيص بالنسبة للتلقيح الصناعي , وهذا ما يجعلنا نلجأ إلى القرارات التي صدرت بخصوص التشخيص بشكل عام . حيث قررت محكمة التمييز الأردنية في قضية تتخلص وقائعها بتعرض طفلة لحادث صدم , حيث تم إدخالها إلى مستشفى لمعالجتها , ونتيجة لعدم إتباع الأطباء الأساليب الفنية الصحيحة , حيث لم يتم اخذ صورة شعاعيه لرقبة الطفلة التي كانت مصابة بالكسر , مما أدى إلى إصابة الطفلة بعاهة مستديمة[٢]. فنجد هنا أن القضاء الأردني أقام المسؤولية الطبية نتيجة الخطأ في التشخيص .

---

[١] المادة ٣١ , **الدستور الطبي الأردني** , مرجع سابق . وتنص على انه "على الطبيب أن يقترح إجراء الاستشارة الطبية إذا تطلبت ظروف المعالجة ذلك وعليه أن يقبل إجراء الاستشارة إذا طلب المريض أو أهله إجرائها، وفي كلتا الحالتين فان الطبيب المعالج يقترح استشارة الطبيب الذي يراه أهلا لذلك. مع الأخذ بعين الاعتبار رغبات المريض والقبول مبدئياً بالالتقاء بكل طبيب مسجل في سجل النقابة إذا لم تكن لديه أسباب هامة تبرر عدم القبول، ويكون مكلفاً بتنظيم إجراءات الاستشارة وإذا كان الطبيب المداوي لا يرى ضرورة لقبول ما يطلب منه فبإمكانه الانسحاب دون أن يكون لأحد الحق في طلب تفسير لذلك منه. وينطبق هذا على اختيار الجراح أو أي اختصاصي آخر أو مؤسسة علاجية " . تقابلها المادة ٥٥ , **قانون أخلاقيات مهنة الطب الفرنسي** لعام ١٩٧٩, وجاء فيها " يلتزم الطبيب المعالج بإجراء التشاور الطبي في حالتين :

١. إذا كانت هناك ضرورة من التشاور لوضع التشخيص
٢. إذا كان التشاور الطبي بناء على طلب أو رغبة المريض أو أهلة

كما نص مشروع قانون المسؤولية الطبية الأردني لسنة ٢٠٠٩ على أن " من حق الطبيب حسب خبرته وتقييمه لوضع المريض الصحي وضمن حدود القانون اختيار الطرق التشخيصية والعلاجية التي يراها الأكثر ملائمة والأقل خطورة لحالة المريض وعليه الأخذ بعين الاعتبار الايجابيات والسلبيات للطريقة التشخيصية أو العلاجية التي اختارها

[٢] تميز حقوق رقم ١٢٤٦ / ١٩٩٠ , **مجلة نقابة المحامين الأردنيين** , ١٩٩٢م , ع ١٠- ١١ , ص ١٧٠٩ حيث جاء في القرار " يلزم مالك المستشفى بالتعويض عن العاهة الدائمة التي أصيبت بها ابنة المدعي نتيجة الخطأ في معالجتها بسبب الخطأ في تشخيص حالتها". كذلك تميز حقوق رقم٢٥٦٧/٢٠٠٥ تاريخ **١٤/٥/ ٢٠٠٦ (منشورات مركز عدالة)** وجاء فيه " .... إن الخطأ في تشخيص مكان الألم وإجراء عملية جراحية للمدعية في غير مكان الألم ما بين الفقرة القطنية الثالثة والرابعة نتيجة خطأ في التشخيص بسبب قيام الطبيب بالعد من الأعلى إلى الأسفل وما نجم عنه من شلل المدعية يعتبر خطأ طبي يسأل عنه الطبيب ذلك أن الطبيب

٤. عدم الحصول على الرضا[(١)]؟

يتوجب على الطبيب القائم على التلقيح الصناعي أن يحصل على رضا الزوجين بإجراء هذه العملية كي يكون تدخله والنتائج المترتبة عليه مشروعة ولكننا نعلم أن القانون يمنع المساس بجسم الإنسان ويرتب عقوبة لمخالفته[(٢)], فيتعين أولا معرفة المقصود بمبدأ معصومية الجسد وذلك لغياب النص التشريعي في عمليات التلقيح الصناعي قبل التطرق لمفهوم الرضا في عمليات التلقيح الصناعي .

إن من أهم المبادئ المستقرة لدى فقهاء القانون مبدأ " معصومية الجسد الإنساني وخروجه عن دائرة التعامل " وهو مبدأ متعلق بالنظام العام , لذا فلا يمكن الاتفاق على أن يكون الجسد الإنساني محلا للعقود خاصة الاتفاقات التجارية منها إلا أن مبدأ المعصومية ترد عليه بعض الاستثناءات التي تحقق مصلحة المجتمع وذلك كما يتضح بشكل جدي في مسائل الإنجاب الصناعي[(٣)].

لم تتطرق الغالبية العظمى من التشريعات لوضع تعريف للجسد الإنساني إلا أن التشريع الفرنسي وبمفهوم المخالفة لنص المادة ١١٢٨ من القانون المدني الفرنسي التي نصت " الأشياء هي فقط التي تدخل ضمن التعامل القانوني , وهي التي يمكن أن تكون محلا للاتفاقات القانونية " . فالجسد الإنساني يخرج بعيدا عن دائرة التعاملات القانونية في حين أن الأشياء فقط هي التي تصلح لان تكون محلا لمثل هذه الاتفاقات أيا كان شكله[(٤)].

تطرق القانون المدني الأردني لتعريف الجسد الإنساني من نواحي عدة فتارة يعط الحق لمن وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب

وبعد قراءة التشخيص بشكل صحيح قام بإجراء عملية جراحية ثانية للمدعية ما بين الفقرة القطنية الرابعة والخامسة وذلك بالعد من أسفل عامود الفقري إلى الأعلى وهو مكان الألم الحقيقي الذي تعاني منه المدعية الأمر الذي يجعله مسؤولا عن خطأه بعدم إجراء العملية الأولى في مكانها الصحيح وعدم معالجة حالة المدعية بعد إجراء العملية الأولى مباشرة لتفادي مخاطر العملية الأولى.

(١) راجع شروط التلقيح الصناعي ص ١٦ وما بعدها من هذا البحث

(٢) انظر المواد ٣٢٦ – ٣٤٥ من قانون العقوبات الأردني

(٣) هيكل , **النظام القانوني** , مرجع سابق , ص ٧٧

(٤) سالم , حبيبة سيف , **النظام القانوني لحماية جسم الإنسان** , رسالة دكتوراه (غير منشورة) جامعة عين شمس , القاهرة , ٢٠٠٥ م , ص ١٤ وأشارت إلى code civil,dalloz,100e ed, 2001 ,art 1128, p.834

وقف هذا الاعتداء والتعويض المناسب عن الأضرار التي أصابته ممن الحق به هذه الأضرار وذلك في المادة ٤٨ منه التي تنص " لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر "[١]. وتارة أخرى يقر المشرع إن الأشياء التي لا تخرج عن التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون تصلح لان تكون محلا للحقوق المالية وذلك طبقا لنص المادة ٥٤ منه التي نصت " كل شيء يمكن حيازته مادياً أو معنوياً والانتفاع به انتفاعاً مشروعاً ولا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية "[٢] , والمادة ٥٥ منه التي نصت " الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها والأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية "[٣].

فيعرف الجسد الإنساني بأنه مجموعة الأعضاء التي تكون الكيان المادي الذي يباشر به الإنسان جميع وظائف الحياة مع اختلاف أنواعها وأنماطها , وما تحويه هذه الأعضاء من سوائل لتساعده على القيام بهذه الوظائف المختلفة , وما يفرزه ذلك الكيان المادي من هرمونات وإنزيمات مختلفة[٤].

فالرضا لا يقصد به مجرد الإيجاب الصادر من المريض للطبيب أثناء إبرام العقد بينهما بالتقائه بقبول الطبيب , كما لا يقصد به على انه أساس للإباحة الطبية لدى الرأي الذي استند إليه فريق كبير من فقهاء القانون الجنائي التقليدي[٥]. إلا أن أساس المطالبة بموافقة المريض على الأعمال الطبية يستند إلى حق الشخص على جسده وحقه في السلامة البدنية والعقلية المشتق من الحق في الذاتية وحق تقرير المصير[١].

---

[١] تقابلها المادة ٥٠ من القانون المدني المصري

[٢] تقابلها المادة ١/٨١ من القانون المدني المصري

[٣] تقابلها المادة ٢/٨١ من القانون المدني المصري

[٤] هيكل , **النظام القانوني** , مرجع سابق , ص ٨٢

[٥] القيسي ، **مشكلات المسؤولية** , مرجع سابق , ص ٩٣

[١] عبدالكريم مأمون , **رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية** , بدون طبعة , دار المطبوعات الجامعية , الإسكندرية , ٢٠٠٦ , ص ٨١

فقد استقر الفقه[٢] والقضاء على ضرورة رضا المريض الحر أثناء العلاج في غير حالة الضرورة العاجلة على كل عمل طبي أو جراحي على درجة معينة من الخطورة يترتب عليه المسؤولية لمجرد القيام بالعمل الطبي دون إستحصال الرضا اللازم[٣]. فعدم إستحصال هذا الرضا يشكل خطا طبيا منذ البداية بغض النظر عن النتائج المترتبة على ذلك.

يقصد بالرضا في عمليات التلقيح الصناعي هو موافقة الزوجين على إجراء عملية التلقيح وفق الصيغة القانونية التي تعتمدها مراكز الإخصاب والمساعدة على الإنجاب , فنرى أن الرضا في التلقيح الصناعي له معنى خاص يختلف عن الرضا (العام) الذي ينحصر بموافقة الزوجين أو احدهما على مباشرة الطبيب لعمله الجراحي في الكشف عن حالة العقم وأسبابها ولكن هذا التدخل قد لا يسفر عن إجراء عملية تلقيح صناعي للزوجين إذ يقتصر الأمر على بعض المستحضرات الطبية (المنشطات) أو تقديم النصح حول طرق الجماع الجنسي بين الزوجين وأفضل أوقات للجماع لحصول الحمل وينتهي الأمر عند هذا الحد , أما إذا اقتضى الأمر تلقيحا صناعيا فانه يستوجب رضا (خاصا) به.

وإذا كان الرضا لازما فانه يجب أن يصدر عن إرادة حرة خالية من أي عيب من عيوب الإرادة التي نظمها القانون المدني كالإكراه والغلط والتغرير مع الغبن الفاحش[٤].

والأصل أن الرضا الصادر من الزوجين ليس له صورة معينه يفرغ فيها فقد يصدر ضمنيا وقد يصدر صريحا بالقول أو الكتابة , وليس للكتابة صورة معينة يفرغ فيها فقد تكون بخط اليد أو بأية وسيلة أخرى معروفة بشرط إمكانية نسبة الكتابة إلى صاحبها , ومهما يكن صورة الرضا يتعين أن تكون العبارات واضحة في التعبير عن الإرادة الحقيقية للمريض في الموافقة بحيث لا تحتمل الشك أو التفسيرات المختلفة[١]. وقد جرى العمل في المستشفيات الأردنية على اشتراط موافقة المريض الخطية أو تثبيت توقيعه على الأوراق

---

[٢] مأمون , عبدالرشيد , **عقد العلاج الطبي بين النظرية والتطبيق** , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٨٦ ص٤٢ . قايد , **المسؤولية الجنائية** , ص ١٦٥

[٣] منصور , منصور مصطفى , **حقوق المريض على الطبيب** , مجلة الحقوق والشريعة الكويتية , ع٢ , س٥ , الكويت , ١٩٨١ , ص ١٨-٢٠

[٤] انظر نص المواد ١٣٥ – ١٥٦ من القانون المدني الأردني

[١] عبدالكريم , **رضا المريض** , مرجع سابق , ص ١٩٨

الخاصة بـــ (ملف المريض) غير أن هناك بعض الصيغ الشكلية تتبعها بعــض المراكــز المعنية بالتلقيح الصناعي في الأردن[٢]. ويرى الباحث انه من الأفضل أن يكون الــزوجين متواجدين في كل مرحلة من مراحل عملية التلقيح للتأكد من استمرار الرضا وعدم عــدول احدهما.

---

(٢) تأكيدا لما نقول نرى من اللازم أن نذكر الصيغة الشكلية المعتمدة في وحدة الإخــصاب والمــساعدة علـــى الحمل في إحدى المستشفيات الأردنية.

موافقة على العلاج بأطفال الأنابيب

أوافق فيما يلي على العلاج بأطفال الأنابيب من قبل / أو تحت إشراف الــدكتور.................................
وقد تم إشعاري بطبيعة هذا العلاج والمضاعفات والتأثيرات الجانبية التي يمكن أن تنشأ عنه بما في ذلك احتمال فرط استجابة المبيضين (مما قد يستدعي سحب سائل من البطن) وعدم حصول إخصاب بالبويضات أو حــدوث مضاعفات نتيجة للتخدير والجراحة, وأوافق على تلقيح بويضات زوجتي خارج جــسمها باســتعمال حيوانـــاتي لغرض إرجاعها إليها بعد حفظها بالحاضنات الخاصة ومعالجتها بأشعة الليزر إن لزم مع علمي التــام انـــه لا يوجد أي ضمانة لإحداث الحمل .

اسم الزوجة والتوقيع .... اسم الزوج والتوقيع .... التاريخ ....

(خاص بالطبيب)

أصادق هنا على إنني أوضحت للمريض (ولقريبة الموقع أعلاه) طبيعة وهدف العملية / الإجــراء / الفحــص المذكور أعلاه وعلى ذلك تم التوقيع

التوقيع والختم.. التاريخ ....

ثانيا : الخطأ الطبي أثناء إجراء التلقيح الصناعي (خلط محتوى الأنابيب) :

يلتزم الطبيب ومساعديه في عملية التلقيح بان يحافظ على البويضات الملقحة وان يحمي الأنابيب من الاختلاط أو الاستبدال بغيرها , فإذا أهمل في تخزينها والحفاظ عليها مما أدى إلى ذلك الاختلاط فهنا تتوافر مسؤولية الطبيب[١]. فإن من أهم الواجبات على الطبيب إتباع الأصول العلمية والفنية المتعارف عليها طبيا , حيث نص قانون العقوبات الأردني على انه " لا يعد جريمة القيام بالعلاجات الطبية المنطبقة مع الأصول الفنية وان تكون بموافقة المريض أو من يمثله "[٢] .

فقد يرتكب الطبيب القائم بعملية التلقيح الصناعي أو مساعدوه خطأ طبيا يتمثل في خلط محتوى الأنابيب بعضها بالبعض الأخر , كأن يقوم الطبيب بنقل الحيوانات المنوية للزوج إلى رحم امرأة ليست زوجته , أو أن يقوم بخلط أنبوب يحتوي على سائل منوي مع أنبوب أخر يحتوي على بويضات أنثوية تعود لامرأة أخرى ليست زوجته أو بالعكس وذلك عند مباشرته إجراء مثل هذه العملية , أو أن يقوم بنقل الأجنة الملقحة في أنبوب الاختبار إلى أمراه أخرى لا تعود الأجنة لها أو إلى زوجها[٣]. فيسأل الطبيب هنا عن خطئه في إجراء العملية إذا كان هذا الخطأ ظاهرا لا يحتمل نقاشا فنيا تختلف فيه الآراء[٤]. ويتصور الفعل الضار في هذا النوع من الخطأ بالآلام المعنوية التي ألمت بالزوجة وزوجها نتيجة نسبة من لا ينتسب إليهما صدقا وحقا . والواقع العملي يشهد على كثير مثل هذه الأخطاء التي ارتكبها الأطباء ومراكز التلقيح[٥]. فما

---

[١] قد تداركت بعض التشريعات هذا الأمر ونصت على تجريم عملية خلط الخلايا التناسلية للزوج أو الزوجة بأخرى واعتبرت هذا الفعل مكونا لجريمة تغيير الحالة الأسرية ومن التشريعات التي نصت على ذلك قانون العقوبات المجري في المادة ١٩٣ . مشار إليه : الخولي , **المسؤولية الجنائية** , مرجع سابق , ص ١٤١

[٢] المادة ٦٢ /٢/ ج , **قانون العقوبات الأردني** , وتنص على انه " يجيز القانون ....

ج ـ العمليات الجراحية والعلاجات الطبية المنطبقة على أصول الفن شرط أن تجري برضا العليل أو رضا ممثليه الشرعيين أو في حالات الضرورة الماسة ".

[٣] راجع أنواع التلقيح الصناعي من هذا البحث

[٤] باشا والبار , **مسؤولية الطبيب** , مرجع سابق , ص ١٢٧

[٥] نشرت جريدة الشعب اونلاين بتاريخ ٢٠٠٣/٣/٢٧ تحت عنوان " **توأمان أسودان لوالدين أبيضين لخطأ في التلقيح الاصطناعي**" أصدرت قاضية بريطانية حكما ببقاء توأمين أسودين مع زوجين أبيضين ولدا لهما بسبب خطأ أثناء عملية تلقيح اصطناعي، ليسدل الستار على قضية يعتقد أنه سيكون لها تأثيرات سلبية كبيرة على صناعة الخصوبة الآخذة بالازدهار في بريطانيا وقالت القاضية إليزابيث بتلر سلوس إن الرجل الأسود

هو الحكم إذا تم اكتشاف الخطأ بعد ولادة المولود ، فإلى من ينسب الطفل المتولد من هذه الصورة من الخطأ في التلقيح الصناعي.

بناء على ذلك نجد أن الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية قد اهتمت بالنسب للمحافظة منها على قيام المجتمع على أتم وجه وأكمله , لا شك أن النسب يثبت من المرأة بالولادة أو الإقرار بالبنوة وان البينة تطلب من المرأة لإثبات نسب الولد بإثبات انه مولود منها وانه انفصل عنها بالولادة وتكفي شهادة امرأة واحدة "القابلة" (١).كما يثبت أيضا النسب للزوجة بالجماع(٢) . أما النسب من جانب الرجل يثبت بالفراش لقول الرسول صلى الله عليه وسلم " الولد للفراش وللعاهر الحجر "(٣) فالولد لصاحب الفراش , والفراش قرينة شرعية على أن الولد للزوجين لا

الذي استخدمت حيواناته المنوية لتلقيح بويضة السيدة البيضاء على سبيل الخطأ بدلا من زوجها الأبيض هو الأب الحقيقي من الناحية القانونية، ولكن لا يمكن انتزاع الطفلين من الزوجين الأبيضين. وأضافت أن من الممكن احترام حقوق التوأمين الإنسانية بأن يعيشا مع والدتهما الحقيقية ويتبناهما زوجها الحالي ونظرت المحكمة البريطانية في القضية في جلسات مغلقة أحيطت بقيود مشددة على النشر فلم يتم الإعلان عن عمر التوأمين، ولكن القاضية أعلنت بعض التفاصيل عند بدء النظر في القضية العام الماضي . وقالت القاضية إن الواقعة حدثت في مستشفى ليدز العام بشمال إنجلترا. ولم يعلن الزوجان الأسودان إذا ما كانا سيسعيان للحصول على حقوق أبوة. لكن الزوج الأسود طلب من المحكمة أن تصدر حكما بشأن حقوقه ومسؤولياته وقد أثارت القضية عددا كبيرا من القضايا غير المسبوقة بشأن الأبوة من الناحية القانونية والإهمال الطبي، وكان هنالك اهتمام كبير بمتابعتها خشية أن تؤثر على صناعة الخصوبة. ورغم وقوع أخطاء معملية أثناء عمليات تلقيح اصطناعي في دول أخرى فإن قضية التوأمين هي الفضيحة الأولى من نوعها في بريطانيا وسجلت حالتان أخريان عالميا لولادة أطفال مختلفين عرقيا عن المتوقع بعد عمليات تلقيح اصطناعي. ففي عام ١٩٩٩ ولد طفل أسود اللون لزوجين أبيضين نتيجة اختلاط الأجنة في إحدى عيادات الخصوبة بنيويورك، واضطر الزوجان لإعادة الطفل إلى والديه الحقيقيين ولكن في هولندا عام ١٩٩٧ استطاعت سيدة تلقت علاجا للخصوبة وأنجبت توأمين من أبوين مختلفين أحدهما زوجها والاحتفاظ بالطفلين.

http://arabic.people.com.cn/200302/27/ara20030227_61506.html

(١) الصالحي , شوقي زكريا , **الآثار المترتبة على التلقيح الصناعي** , بدون طبعة , العلم والإيمان للنشر والتوزيع , القاهرة , ٢٠٠٦م , ص ٦٤

(٢) الصالحي , شوقي زكريا , **التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية** , بدون طبعة , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠١م , ص ٣١٧

(٣) رواه الشيخان وأبو داود والنسائي وابن ماجه عن عائشة , السيوطي , جلال الدين , (ت ٨٤٩هـ/١٤٤٥م) . **الجامع الصغير من حديث البشير النذير** , (تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد) مكتبة ومطبعة عيسى الحلبي , القاهرة , ١٤٠١هـ , ص ١٩٨

لغيرهما وان كل حمل تحمله الزوجة يفترض انه من زوجها لكونها مقصورة عليــه . ويقــصد بالفراش الزوجية القائمة بين الرجل وبين من أنجبت منه عند ابتداء حملها بالولادة , فان ولدت المرأة ولدا حملت به من زوجها ثبت نسبه من ذلك الوالد دون توقف على بينة أو إقــرار[١]. إلا أن قرينة الأبوة ليست قرينة قطعية لا تقبل إثبات العكس , بل قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها بطرق الإثبات كافة ويجوز للزوج وكذلك للورثة رفع دعوى لإنكار أبوة الطفل الناتج من عملية التلقيح الصناعي . أما الزوج إذا اقر بنسب الولد ابتداءً سواء إقرار صــريح أو ضــمني فــلا يستطيع بعد ذلك أن يعود وينكر نسب الطفل , حتى الورثة لا يستطيعوا إنكار النسب بعد إقراره من قبل الزوج[٢].

أما في هذه الصورة من الخطأ الطبي الناجم عن التلقيح الصناعي نكون أمام امــرأتين احدهما صاحبة البويضة والأخرى التي حملت ووضعت . فلقد انقسم الفقهاء إلى فريقين وقــدم كل فريق الأدلة التي تؤيد رأيه بالنسبة إلى من هي الأم [٣].

ويرى الباحث بان الأم هي الأم التي حملت ووضعت ويثبت النسب لها لقول الله تعــالى فــي وصف الأم " وَلَقَدْ خَلَقْنَا الإِنسَانَ مِنْ سُلالَةٍ مِنْ طِينٍ , ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ "[٤]. وقوله تعالى " وَإِذْ أَنْتُمْ أَجِنَّةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ "[٥]. وقوله تعالى " يَخْلُقُكُمْ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ خَلْقاً مِــنْ بَعْدِ خَلْقٍ فِي ظُلُمَاتٍ ثَلاثٍ "[٦]. وقوله تعالى " وَاللَّهُ أَخْرَجَكُمْ مِنْ بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لا تَعْلَمُونَ شَــيْئاً

---

[١] عقلة , محمد , **نظام الأسرة** , ج٣ , مرجع سابق , ص ٣٩٢

[٢] قرار محكمة الاستئناف الشرعية رقم ١٩٧٣/١٧٤٣٤ تاريخ ١٩٧٣/٢/٢١ , منشورات مركز عدالة , مرجع سابق , وجاء فيه " نص الفقهاء على أن نفي النسب بعد الإقرار به صراحة أو دلالة مردود غير معتبر عملا بالقاعدة الفقهية (ومن سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه) وهو ما نصت عليه المادة ١٠٠ مــن المجلة " .

[٣] **للتوسع حول أدلة كل فريق انظر** : الزهرة , **الإنجاب الصناعي** , مرجع ســابق , ص ٣٦٥ ومــا بعــدها . الصالحي , **الآثار المترتبة** , مرجع سابق , ص ٦٥ وما بعدها . البار , **طفل الأنبوب** , مرجــع ســابق , ص ٦٧و١٨٣ . سلامه , **أطفال الأنابيب** , مرجع سابق , ص١٣٧ . الصالحي , **التلقيح الصناعي** , مرجع ســابق , ص ٣٠٩ وما بعدها

[٤] سورة المؤمنون , الآيتان ١٢,١٣

[٥] سورة النجم , الآية ٣٢

[٦] سورة الزمر , الآية ٦

وَجَعَلَ لَكُمْ السَّمْعَ وَالأَبْصَارَ وَالأَفْئِدَةَ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ "[١]. وهذه النصوص قطعية الثبوت ودلالاتها واضحة على أن الأم هي التي حملت وولدت.

كما أن بعض التشريعات ومنها التشريع الانجليزي أشار إلى تحديد الأم بأنها هي التي تحمل الطفل كنتيجة زرع الجنين أو الحيوان المنوي أو البويضة فيها ومن ثم فان الأم التي ولدت هي الأم القانونية رغم عدم انتماء الطفل لها وراثيا [٢].

كما إن مفهوم الأمومة ينصرف إلى الأم التي حملت وعانت مشاكل الحمل والولادة والصبر والاحتمال والبذل والعطاء على عكس الأم صاحبة البويضة التي اقتصر دورها على مجرد إفراز بويضة دون حمل وولادة أو أية مشقة ومتاعب مما ينفي النسب عنها ويثبت للام التي حملت وولدت , خاصة إذا كانت هذه المرأة التي حملت البويضة ذات زوج يكون الولد للفراش باعتباره قرينة شرعية وان كل حمل تحمله الزوجة يعتبر من زوجها إذا اقره[٣].

كما إن قانون الأحوال الشخصية الأردني لم يتعرض لثبوت نسب الولد لجهة الأم , سواء بالنسبة لأسباب ثبوت النسب أو طرق الإثبات , على عكس أحكام ثبوت نسب الولد لجهة الأب حيث بين القانون أحكامها تفصيلا , ولا نكاد نجد , بخصوص ثبوت نسب الأمومة سوى النص الذي يجيز ثبوت نسب الولد لجهة الأم بإقرارها[٤]. على الرغم من أن القانون لم يتعرض لكيفية ثبوت الأمومة إلا أن الفقه مستقر على أن الأمومة تثبت بالولادة .

---

(١) سورة النحل , الآية ٧٨

(٢) المادة ٣٣ /١ , **قانون الخصوبة والأجنة البشرية لسنة ٢٠٠٨** , مرجع سابق .

Art 33 Meaning of "mother"

1. The woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child

(٣) الصالحي , **التلقيح الصناعي** , مرجع سابق , ص ٣١٥

(٤) المادة ١٤٩ , **قانون الأحوال الشخصية** , مرجع سابق . وتنص على " الإقرار بالبنوة ولو في مرض الموت لمجهول النسب يثبت به النسب من المقر إذا كان فرق السن بينهما يحتمل هذه البنوة مع تصديق المقر له إن كان بالغاً وإقرار مجهول النسب بالأبوة أو الأمومة يثبت به النسب إذا صادفه المقر له وكان فرق السن بينهما يحتمل ذلك.

أما قانون العقوبات الأردني اعتبر أن نسب طفل إلى أمرآه لم تلده جريمة يعاقب عليها , حيث نص على أن[١] " من قام بفعل أدى إلى نسب قاصر إلى امرأة لم تلده أو إلى غير أبيه عوقب بالأشغال الشاقة المؤقتة ". والمقصود بالأم في هذا النص هي المرآة التي حملت الطفل وولدته , ومن ثم القول بنسب الطفل إلى امرأة أخرى غير الذي ولدته – حتى ولو كانت صاحبة البويضة – يعتبر جريمة يعاقب عليها القانون لتغيير الحقيقة ونسب طفل إلى أمراه أخرى غير التي ولدته

ثالثا : الخطأ الطبي بعد إجراء التلقيح الصناعي :

في هذه المرحلة قد يقع الطبيب القائم على عملية التلقيح الصناعي في أخطاء طبية تتمثل في :-

١. الخطأ في الرقابة :

تعتبر الرقابة في العمل الطبي من أهم مراحل التدخل الطبي لما يترتب عليه من تحقيق سليم للوصول إلى شفاء المريض , وخاصة بعد إجراء العمل الجراحي , إذ يتوقف حسن وسلامة رقابة المريض إلى نجاح أو فشل العمل الطبي السابق برمته[٢]. فقد أيد الفقه والقضاء الفرنسي مسؤولية الطبيب عن خطئه في الرقابة[٣]. فيلتزم الطبيب المختص الذي أجرى تلقيحا صناعيا للزوجة بمتابعة حالتها وذلك للتأكد من مدى نجاح ما قام به واتخاذ ما يراه مناسبا لمواجهة ما يستجد في حالة المرأة الصحية . ولا يقتصر الأمر عند هذا الحد بل يتعين عليه أن يعطي المريض البيانات والنصائح كافة الواجب إتباعها لتلافي النتائج السيئة خاصة إذا كان منها متوقعا أو على الأقل التخفيف من حدة هذه النتائج .

ويقصد بالنتائج السيئة في مجال التلقيح الصناعي حالة التشوهات الجنينية التي من الممكن حدوثها في الطفل المنتظر قدومه , تلك الحالة التي لم ينفها الأطباء أنفسهم[٤]. فالطبيب يستطيع أن يدفع مسؤوليته عن تشوه الطفل بان يثبت السبب الأجنبي الذي نصت عليه المادة

---

[١] المادة ٢٨٧ , **قانون العقوبات الأردني (المعدلة بموجب القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠)** , مرجع سابق

[٢] الحياري , **المسؤولية المدنية** , مرجع سابق , ص ١٢٤

[٣] قايد , **المسؤولية الجنائية** , مرجع سابق , ص ٧٢

[٤] القيسي ، **مشكلات المسؤولية** , مرجع سابق , ص ١٤٤

٢٦١ من القانون المدني الأردني التي جاء فيها " إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشا عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك" .

وبناء عليه يستطيع الطبيب أن يدفع مسؤوليته بإثبات أن هذا التشوه قد حدث نتيجة التماس كهربائي في الصفائح الكهربائية الحافظة للجنين[١]. أو أن يدفع مسؤوليته بان يثبت أن هذا التشوه نتيجة خطأ طبيب آخر لجأت إليه الزوجة نتيجة حدوث مضاعفات شعرت بها بعد إجراء عملية التلقيح الصناعي دون علم الطبيب المعالج , أو أن يدفع مسؤوليته بإثبات خطأ الزوجة نفسها بأنها تهمل في إتباع تعليماته , أو تتعمد عدم إتباعها .

وقد تفشل عملية التلقيح الصناعي ويحدث الإجهاض أو قد يترتب على الإجراءات تعدد الأجنة , ففي هذه الحالة لا مسؤولية على الطبيب إذا اتضح انه قد اتبع وسائل الحيطة والحذر المطلوبة[٢]. فالتزام الطبيب هنا بوسيلة وليس تحقيق نتيجة معينة , لأن التلقيح الصناعي يعد من الأعمال الطبية وهي بصفة عامة غير مؤكدة النتائج فتتوافر احتمالات الفشل وتختلف درجة جسامتها واحتمال حدوثها من حالة لأخرى[٣] .

٢. الخطأ الطبي أثناء عملية الولادة :

مسؤولية الطبيب القائم بالتلقيح الصناعي وهو بالأصل أخصائي نسائية وتوليد تبدأ منذ اللحظة الذي يثبت فيها الحمل بشكل دقيق , وهي نجاح الأجنة . وبما أن التوليد فرع من فروع الطب فإن خطأ التوليد هو من بين الأخطاء الطبية التي تستدعي قيام مسؤولية الطبيب مرتكبها ، بحيث يمكن مسائلته عن كل علاج غير مناسب مع الحمل . ويسأل الطبيب عند إعطائه أي دواء قد يؤدي إلى الإجهاض كما في حالة الإجهاض الدوائي بحيث يكون العلاج لمرض ليس له علاقة بالحمل، وإن حالات الإجهاض تكو ن في مقدمة الأمور التي تعكس مسؤولية طبيب الولادة من الناحيتين المدنية والجزائية[٤]. فيسال الطبيب إذا نجم عن جهل منه تمزق الرحم وخرقه بواسطة

---

[١] القيسي ، **مشكلات المسؤولية** , مرجع سابق , ص ١٤٥

[٢] الخولي , **المسؤولية الجنائية** , مرجع سابق , ص١٤٢

[٣] علي , إيهاب يسر أنور , **المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب** , رسالة دكتوراه (غير منشورة) , جامعة القاهرة , القاهرة , مصر , ١٩٩٤ , ص ٣٠٠

[٤] محتسب بالله , **المسؤولية الطبية** , مرجع سابق , ص ٢٠٢

ملقط الجراحة أو جفت الولادة[١], أو ثقب الرأس , أو انتزاع أو بتر بعض أعضاء الوليد دونما ضرورة , أو كسر جمجمته , أو فقأ عينه , أو إجراء التوليد العادي أو القيصري على طريقة مخالفة للأصول , أو إهمال العلاجات اللازمة للام أو الوليد .

فالتزام طبيب الولادة في العناية والإشراف على الأم عقب إجراء العملية كالتزامه قبل وأثناء ذلك ، وأي إهمال وتقصير في هذا الشأن مهما كانت درجته يرتب المسؤولية الطبية عليه من جميع جوانبها وفقًا للقواعد العامة[٢].

لقد اقر القضاء الأردني مسؤولية طبيب النسائية والتوليد أثناء عملية الولادة إذا نتج عن خطئه ضرر للام فقد جاء بالقرار والذي يتعلق بوفاة مريضة بسبب خطا طبي أثناء الولادة حيث توصلت المحكمة إلى ما يلي : " ١- تحدد الخبرة سبب الوفاة من أطباء اختصاصيين في مجال النسائية والتوليد ، فإذا لم يرد في التقرير ما يشير إلى ارتكاب المميز ضده أي خطأ مهني ، فإنه لا يتحمل أية مسؤولية عن وفاة مورثة المدعيين وأن ما تعرضت له المريضة يحدث في حالات مشابهة كما أن تمزق عنق الرحم ليس نتيجة لعمل الطبيب المدعى عليه وقد تكون الوفاة نتيجة الولادات المتكررة ونتيجة تأخر وصول الدم للمستشفى التي تعالج فيها المريضة وبالتالي عدم مقدرة الدم على التجلط ، أما بالنسبة لتقرير الخبرة إلى أن المدعي عليه لا يتحمل مسؤولية وفاة المريضة ، وحيث أن دور الطبيب في مثل هذه الحالة هو بذل عناية لا تحقيق نتيجة فإن هذه الأسباب بالتالي مستوجبة الرد . ٢- أن تحديد سبب الوفاة هو من الأمور التي يختص بها أصحاب الاختصاص الذين بينوا سبب الوفاة وهو الجرح في عنق الرحم الذي تسبب بنزيف مستمر لم يتمكن الأطباء من السيطرة عليه ، فإذا أفاد طبيب النسائية والتوليد الدكتور إلياس الصناع أنه يمكن استعمال الطلق الصناعي في مثل الحالة موضوع القضية ، ولم يرد على لسان أي من الأطباء

---

[١] جفت الولادة اله طبية يستخدمها الطبيب لمساعدة الطفل على الخروج , و يتكوّن من كوب موصول بمضخة ويضم أعلى ومؤخرة رأس الطفل ، ويكون مصنوعاً من المعدن أو بلاستيك السيليكون . يكون رأس الطفل أقل عرضة للتشوه باستخدام الأكواب الطرية، ولكن يسهل تثبيت الأكواب المصنوعة من المعدن على رأس الطفل بحيث لا تنزلق بسهولة.

[٢] عساف , وائل تيسير محمد , **المسؤولية المدنية للطبيب** , رسالة ماجستير (غير منشورة) , جامعة النجاح , فلسطين , نابلس , ٢٠٠٨ , ص ٨٩

الآخرين أنه لا يجوز استعمال الطلق الصناعي لحالة مورثة المدعيين أو أن الطلق الصناعي هـو سبب الوفاة ، فأنه لا مجال لمناقشة خطورة إعطاء الطلق الصناعي "[١].

[١] تمييز حقوق رقم ٣٧٥٤ /٢٠٠٥ تاريخ ٢٠٠٦/٤/٣ . **منشورات مركز عدالة** , مرجع سابق

المبحث الثاني

الضــــرر

تعد إصابة المريض المعالج بضرر جراء عملية العلاج نقطة البداية للحديث عن المسؤولية المدنية للطبيب بشكل عام ، ذلك أن إقرار مسؤولية الطبيب المدنية فيما تهدف إليه إنما جبر الضرر اللاحق بالمريض، غير أنه وفي هذا الصدد ينبغي الإشارة إلى أنه وخلافا للقواعد العامة فلا يكفي مجرد حدوث الضرر للتمسك بمسؤولية الطبيب من الناحية المدنية مادام لم يثبت منه أي تقصير أو إهمال .

و لم يورد القانون المدني الأردني تعريفا للضرر بل اكتفى بالإشارة إليه ضــمن المــواد ٢٥٦– ٢٨٨ والتي اشتملت بأحكامها مختلف حالات الضرر بما فيها الأضرار الناجمــة عــن الأعمال الطبية . فلقد تعددت وجهات النظر في وضع تعريف لمعنى الضرر بصفة عامــة , إلا أن التعريف المستقر للضرر على انه ما يصيب الإنسان في حق من حقوقه , أو فــي مــصلحة مشروعة له , سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقا بسلامة جسمه , أو ماله , أو عاطفته , أو حريته , أو شرفه أو غير ذلك من الأضرار[١]. ويعرف الضرر الموجب للتعويض في إطار المسؤولية المدنية للطبيب بأنه "حالة نتجت عن فعل طبي مست بالأذى المريض , وقد يــستتبع ذلك نقصا في حال المريض أو في معنوياته أو عواطفه أو تفويــت الفرصــة فــي شــفائه أو حياته."[٢] .

ويعد حصول الضرر للمريض ركنا أساسيا من أركان المسؤولية الطبية , حيث أن تلك المسؤولية شانها شان النظرية العامة للمسؤولية , تقتضي وجود الضرر لكي يقع الطبيب تحــت طائلتها , فليس مجرد حصول الخطأ أو الإضرار من الطبيب كافيا لإقامة الدليل علــى تحقــق المسؤولية , بل يجب أن يكون هناك ضرر حاصل للمريض بسبب ذلك الخطأ الطبي المرتكــب

---

[١] التونجي , **المسؤولية المدنية** , مرجع سابق , ص ٢٩٤ . الحياري , **المسؤولية المدنية** , مرجع ســابق , ص ١٢٧

[٢] المعايطة . منصور عمر , **المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية** , ط١ , جامعة نــايف العربيــة للعلوم الأمنية , الرياض , ٢٠٠٤ , ص ٥٥

من قبل الطبيب , وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر . وقد ألزم قرار لمحكمة التمييز الأردنية الطبيب بالتعويض عن الضرر الذي ألحقه بالمريض[١].

إن إصابة الشخص الذي أجريت له عملية تلقيح صناعي بضرر أثناء هذه العملية أو من إجرائها تعد الشرارة الأولى التي تتقدح عنها المسؤولية الطبية سواء بالنسبة للطبيب القائم بهذه العملية أو بالنسبة لمركز زرع الأجنة , إذ لا ضرر ولا ضرار , والضرر يزال[٢] فالضرر إذن روح المسؤولية المدنية والعنصر الأساسي فيها[٣].

إن الأضرار التي تنتج عن عملية التلقيح الصناعي تتمثل في الأضرار الجسدية التي تقع على الزوجة كالأذى الذي يصيب رحم الزوجة أو مبيضي الزوجة , أو قناة المني لدى الزوج , أو الأضرار المعنوية نتيجة إفشاء السر الطبي من قبل الطبيب أو مركز زرع الأجنة الذي ينبغي عليهما المحافظة عليه . أو الضرر في تفويت الفرصة بان يصبح الزوجين أبوين وذلك بإتلاف الأجنة الملقحة .

و على هذا فالضرر في إطار المسؤولية المدنية للطبيب الناجمة عن التلقيح الصناعي هو ذاته في إطار المسؤولية المدنية بصفة عامة لان الضرر الطبي صورة من صور الضرر بوجه عام[٤] . وعليه سوف أقوم بتقسيم هذا المبحث إلى الأضرار المادية (الجسدية) الناجمة عن عملية التلقيح الصناعي في المطلب الأول , وكذلك التعرف على الأضرار المعنوية الناشئة عن هذه

---

[١] تمييز حقوق ١٩٩٥/٤٢٤ , **مجلة نقابة المحامين الأردنيين** , ١٩٩٥ , ص ٢٦٨٩ . حيث جاء في القرار " يسال الطبيب عن إلحاقه تشويها في وجه المجني عليها ويلزم بتكاليف عملية التجميل لإعادة الحال إلى ما كان عليه إضافة إلى ما حكمت به المحكمة من تعويض عملا بالمادتين ٢٦٦ و ٢٧٤ من القانون المدني".

[٢] المادة ٦٢ , القانون المدني الأردني , مرجع سابق . وهي مأخوذة من المادة ١٩ والمادة ٢٠ من مجلة الإحكام العدلية

[٣] الذنون , **المبسوط** , ج١ , مرجع سابق , ص ١٩٩

[٤] في بيان شروط الضرر القابل للتعويض انظر :

السنهوري , **الوسيط** , ج١ , مرجع سابق , ص ٨٥٥– ٨٥٨ . مرقس , **الوافي** , ج١ , مرجع سابق , ص ١٣٨ وما بعدها . الذنون , **المبسوط** , ج١ , مرجع سابق , ص ٢٠٥– ٢٧٦ . السرحان وخاطر , **مصادر الحقوق** , مرجع سابق , ص ٤٢٠ – ٤٢٤. التونجي , **المسؤولية المدنية** , ص ١٣٠ – ١٥٢. العامري , سعدون , **تعويض الضرر في المسؤولية التقصيريّة** , بدون طبعة , منشورات مركز البحوث القانونية , بغداد , ١٩٨١ , ص ١٤ – ٥٥

العملية في المطلب الثاني . ولا بد من الإشارة إلى صورة من صور الــضرر الطبــي التــي استحدثها القضاء الفرنسي ويطلق عليها ضياع فرصة المريض للشفاء ، أو بقائه على قيد الحياة , أي تفويت الفرصة في المطلب الثالث.

المطلب الأول

الأضرار المادية

تتمثل الأضرار المادية الناجمة عن خطأ الطبيب في التلقيح الصناعي في الأضرار الجسدية . فالضرر الجسدي هو الأذى الذي ينتج عن إصابة النفس الإنسانية أو ما دونها , ويشمل ما يصيب الشخص من موت أو بتر عضو من الأعضاء , أو تعطيل وظيفته مع بقائه على هيئته كشلل العضو , أو فقدان السمع أو البصر أو إحداث الجروح والآلام[١]. فالضرر الجسدي سواء تمثل في إصابة أو مرض أو وفاة , غالبا ما يؤدي إلى انتقاص قدرات الإنسان على الكسب المتأتي من العمل , كما انه غالبا ما يحمل المصاب نفقات علاج تتمثل في أثمان دواء وأجور أطباء ...الخ . وهذا الجانب المادي من الضرر الجسدي . أما الجانب المعنوي من الضرر الجسدي فيتمثل فيما أحس به المصاب من الآلام عضوية أو نفسية , وفيما انتقص من قدراته على الكلام أو المشي أو الرياضة[٢].

وخلافا لمجلة الأحكام العدلية التي لم تنظم التعويض عن الضرر الجسدي , فقد نظم المشرع الأردني التعويض عن هذا الضرر تحت عنوان " ما يقع على النفس " حيث جاء في المادة (٢٧٣) من القانون المدني الأردني[٣] على انه " ما يجب من مال ، في الجناية على النفس وما دونها , ولو كان الجاني غير مميز هو على العاقلة أو على الجاني للمجني عليه أو ورثته الشرعيين وفقاً للقانون. " والمادة (٢٧٤) والتي جاء فيها " رغماً عما ورد في المادة السابقة، كل من أتى فعلاً ضاراً بالنفس من قتل أو جرح أو إيذاء يلزم بالتعويض عما أحدثه من ضرر للمجني عليه أو ورثته الشرعيين أو لمن كان يعولهم، وحرموا من ذلك بسبب الفعل الضار[٤]"

إن الأضرار الجسدية في التلقيح الصناعي تتمثل بشكل بارز في حالة التشوهات (الطفل

---

[١] الرواشده , سالم سليم صلاح , **ضمان الضرر الجسدي في القانون المدني الأردني** , رسالة ماجستير (غير منشورة) , جامعة آل البيت , المفرق , الأردن , ٢٠٠٠ , ص٥

[٢] الجندي , محمد صبري , **في ضمان الضرر الجسدي الناتج عن فعل ضار** . مجلة الحقوق والشريعة , جامعة الكويت , السنة ٢٦ , آذار , ع١ , الكويت. ٢٠٠٢ , ص ١٧٣

[٣] المادة ٢٧٣ , **القانون المدني الأردني** , مرجع سابق

[٤] المادة ٢٧٤ , **القانون المدني الأردني** , مرجع سابق

المعوق) التي تصيب الطفل المتكون بطرق التلقيح الصناعي , فهذا الطفل سيصاب حتما هو ووالداه بآلام مادية ومعنوية وإنني اعتقد إن الآلام المعنوية تفوق الآلام المادية في حدتها ودرجة ترتب الآثار عليها .

تتمثل الأضرار المادية هنا بمصاريف الدواء والعلاج التي ينفقها المتضرر وذويه لأجل تحسين حالته الصحية أو الإسراع في شفائه أو لإجراء عملية جراحة تجميلية لتحسين مظهرة أمام الناس , وتتمثل بالعجز المؤقت والعجز الجزئي الدائم إذ أن المتضرر غالبا ما يمارس مهنة يدوية أو فكرية يجد نفسه مضطرا إلى الانقطاع عن عمله لمدة تطول أو تقصر حسب الأحوال(١). فالطفل سيولد ومعه هذه التشوهات حيث لا يتسنى له الوقت والظروف الصحية من العمل عندما يبلغ أشده .

ولما كان مبدأ حق الطفل في التعويض عن التشوهات أو الإعاقة التي إصابته جديدا , فقد أرست الهيئة العمومية لمحكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ وتقرير حق الطفل المعوق أو المشوه بالميلاد في التعويض عن الأضرار الناتجة عن الإعاقة(٢).

أما الأضرار المعنوية فتتمثل بالآلام الجسمية ويطلق عليها بالانجليزية Pain and suffering التي تنشا عن التدخل الجراحي المستمر لتحسين مظهرة ووضعه الصحي وبالضرر الجمالي الذي يصيب جمال جسم الطفل وعن الآلام الناشئة عن التشويه(٣). كما أن هذا الطفل المعوق أو المشوه حرم من متعة اللهو التي يتمتع بها إقرانه من الأصحاء , فالطفل الذي ولد مشلولا لا يستطيع أن يلهو ويلعب كما يلعب من هم بسنه , ويطلق على الضرر المعنوي في

---

(١) العامري , **تعويض الضرر** , مرجع سابق , ص ١٠٢

(٢) قرار محكمة النقض الفرنسية (هيئة عمومية) الصادر ٢٠٠٠/١١/١٧ وجاء فيه " حيث أن الثابت أن الأخطاء المرتكبة من قيل الطبيب والمعمل في تنفيذ العقد المبرم مع السيدة (X) قد حرمتها من ممارسة اختيار رخصة الإجهاض العلاجي لتجنب ولادة طفل معوق , فان هذا الأخير (الطفل المعوق) يستطيع بناء عليه أن يطلب التعويض عن الأضرار الناتجة عن الإعاقة والمتسبب فيها الأخطاء الثابتة في حق الطبيب والمعمل . كذلك قرار محكمة النقض الفرنسية (هيئة عامة) الصادر ١٣ يوليو ٢٠٠١ , كذلك قرار محكمة النقض الفرنسية (هيئة عامة) الصادر ٢٨ /٢٠٠١/١١ . www.courdecassation.fr/agenda/arrets

للمزيد حول هذه القرارات راجع عبد المجيد , رضا عبدالحليم , **المسؤولية الطبية عن الخطأ في تشخيص تشوهات الجنين وأمراضه الوراثية** , ط١ , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٣ , ص ١٥٢ – ١٨٥

(٣) العامري , **تعويض الضرر** , ص ١١١ وما بعدها

مثل هذه الحالة (ضرر الصبا Prejudice Juvenile)[١].

إن البحث في الضرر الجسدي الناجم عن التلقيح الصناعي يثير كثيرا من الإشكاليات إلا أنني سوف أركز على الأضرار المباشرة والغير مباشرة في المجال الطبي , فإذا ارتكب الطبيب المعالج بالتلقيح الصناعي خطأ نتج عنه ضرر جسدي وهو الإعاقة أو التشوه للطفل[٢], فهنا هل يسأل الطبيب عن جميع الأضرار التي خلفتها هذه العملية من أضرار مباشرة وغير مباشـــرة أم يسأل فقط عن الأضرار المباشرة ؟

إن الضرر حتى يتم تعويضه سواء في المسؤولية العقدية أو التقصيريّة يجب أن يكـــون نتيجة مباشرة للفعل الضار , فليس من المقبول ولا المعقول عدلا ومنطقا أن يتم تحميل شخص ما جميع النتائج , حتى البعيدة وغير المباشرة , لأفعاله وان كانت غير مشروعة[٣].

غير أن القاعدة كانت محل خلاف في بعض القوانين كالقانون المدني الفرنسي , إذ ذهب اتجاه من الفقه الفرنسي إلى أن المادة ١١٥١ منه التي تلزم المدين بالضرر المباشر دون الضرر الغير مباشر خاصة بالمسؤولية العقدية فقط وعليه فأنهم قالوا بان مرتكب الخطـــأ يـــسأل قبـــل المضرور عن جميع ما لحق به من أضرار سواء كانت أضراراً مباشـــرة آو أضـــراراً غيـــر مباشرة[٤].

إلا أن فريقا آخر عارض ذلك فاعتبر الاجتهاد الفرنسي إن الاشتراط الوارد في مجـــال المسؤولية العقدية يعرض الطابع العام الذي يخرج به عن هذا المجال ليمتد منـــه إلـــى إطـــار المسؤولية الناشئة عن الجرم وشبه الجرم (أي المسؤولية التقصيريّة)[٥].

فهنا لا يمكن القول بمسؤولية شخص عن ضرر أصاب غيره إذا لم توجد علاقة مباشرة بين فعل الشخص والضرر , فالمسؤولية لا تكون إلا عن الضرر المباشر وحـــده , أمـــا عـــن

---

[١] السرحان وخاطر , **مصادر الحقوق** , مرجع سابق , ص ٤٠٧

[٢] الفرض هنا أن الطبيب ارتكب خطا نتج عنه ضرر جسدي , وهو أمر جعـــل الحـــدث يعـــاني مـــن وزره (كالتشوهات) , مما جعل حياته عبئا عليه دفعه للتخلص منها عن طريق الانتحار في أي مرحلة مـــن مراحـــل العمر وهذا يحدث في المجتمعات الغربية غالبا .

[٣] السرحان وخاطر , **مصادر الحقوق** , مرجع سابق , ص ٤٢٢

[٤] القيسي ، **مشكلات المسؤولية** , مرجع سابق , ص ١٥١

[٥] النقيب , **النظرية العامة** , مرجع سابق , ص ٢٩٩

الأضرار غير المباشرة فلا يلزم مرتكب الفعل الضار بالتعويض عنها[١]. وهذا ما يظهر في المادة ٢٦٦ من القانون المدني الأردني[٢] التي جاء فيها: " يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار". لكن ما المقصود بالنتيجة الطبيعية ؟ لم يبين المشرع الأردني المقصود بذلك , على خلاف المشرع المصري الذي اعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن (المضرور) أن يتوقاه ببذل جهد معقول[٣] . وهذا معيار يجمع بين الدقة والمرونة[٤].

إلا أن ما جاء في المادة ٢٣٤ من قانون الموجبات والعقود اللبناني بنصها " الأضرار غير المباشرة ينظر إليها بعين الاعتبار كالأضرار المباشرة ولكن بشرط أن تثبت كل الثبوت صلتها بعدم تنفيذ الموجب "[٥] , يخالف بذلك مسلك غالبية التقنينات الحديثة[٦].

---

[١] تمييز حقوق رقم ٢٠٠٣/٢٩٣٣(هيئة خماسية) تاريخ ٢٠٠٤/١/٤ , (**منشورات مركز عدالة**) جاء فيه " يستفاد من قانون الامتياز رقم ١ لسنة ١٩٦١ انه مكن أصحاب الحقوق من إقامة الدعاوى للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بأراضيهم إلاّ أنّ ذلك مقصور على الأضرار المباشرة ، أما الأضرار غير المباشرة فلا مجال للتعويض عنها .

[٢] المادة ٢٦٦ , **القانون المدني الأردني** , مرجع سابق

[٣] المادة ٢٢١ , **القانون المدني المصري** , مرجع سابق

[٤] السنهوري , **الوسيط** , ج١ , مرجع سابق , ص ٩١١

[٥] المادة ٢٣٤ , **قانون الموجبات والعقود اللبناني** , مرجع سابق

[٦] العامري , **تعويض الضرر** , مرجع سابق , ص ٣٩

المطلب الثاني

الأضرار المعنوية

الضرر المعنوي[١] هو ما يصيب الإنسان في شرفه أو اعتباره أو عاطفته أو في حق من الحقوق الأدبية التي لا تقوم بمال , أو ما يقتصر على اتصاله بشخصية المرء وبحقوقه العائلية , ويتأذى في الإيذاء بالشعور والأحاسيس , وبما يمس العرض أو السمعة والاعتبار بقذف أو تشهير , وعبارة شاملة كل مساس بالناحية النفسية للذمة الأدبية أو القيم الأدبية للإنسان[٢]. وقد عرفته محكمة التمييز الأردنية بأنه " الضرر الذي يصيب الشخص في حريته أو في عرضه أو شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي , ولا يشمل الآلام النفسية والجسدية التي لحقت بالمصاب ...."[٣].

والقاعدة العامة في هذا الصدد تقضي بان التعويض كما يشمل الضرر المادي فانه يشمل الضرر الأدبي أيضا. فقد افرد المشرع الأردني نصا في القانون المدني للتعويض عن الضرر الأدبي[٤]. كما حرص المشرع الأردني في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني على أن يؤكد انحيازه إلى مبدأ تعويض الضرر الأدبي تأثرا منه بالقوانين التي سبقته[٥]. فيتناول حق الضمان الضرر الأدبي , ويعد كل تعد على الغير في حريته أو عرضه أو شرفه أو سمعته أو مركزه الاجتماعي أو اعتباره المالي يجعل المعتدي مسؤولا عن الضمان . كما اتسم موقف المشرع الأردني مع الفقه والقضاء على وجوب التعويض عن الضرر الأدبي[٦]. فهناك واجب قانوني

---

(١) يفضل البعض تسميته بالضرر غير المالي (**patrimonial – Prejudice extra**)

(٢) عبد السميع , أسامة السيد , **التعويض عن الضرر الأدبي** , بدون طبعة , دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية , ٢٠٠٧ م , ص ٦٥

(٣) تمييز حقوق رقم٥٣٠/١٩٩٩ تاريخ ١٩٩٩/٩/٢٣ , **المجلة القضائية** , المجلد ١,ع٥, ١٩٩٩ , ص ٥٦٢

(٤) المادة ١/٢٦٧ , **القانون المدني الأردني** , مرجع سابق . وتنص على انه " يتناول حق الضمان الضرر الأدبي كذلك. فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسئولا عن الضمان" , وتقابلها المادة ٢٢٢ من القانون المدني المصري .

(٥) السرحان وخاطر , **مصادر الحقوق** , مرجع سابق , ص ٤٠١

(٦) تمييز حقوق رقم ٢٠٠٨/١٢١٤ تاريخ ٢٠٠٨/٦/١٢ , **منشورات مركز عدالة** , مرجع سابق , حيث جاء في القرار " استقر اجتهاد محكمة التمييز على أن للمضرور في جسده بشكل يخل بمقدرته على الكسب الحق في التعويض عن الضرر المادي الذي أصابه عاملاً كان أم عاطلاً عن العمل، وإذا أصابه تشويه من شأنه التأثير

على القضاء يتمثل بالحكم بتعويض حقيقي عن الضرر الأدبي دون الاكتفاء بتعويض رمزي أو مجرد مبدأ التعويض [١].

ومن المتفق عليه فقها إن الضرر الأدبي مثله مثل الضرر المادي , يكون سببا لقيام المسؤولية عنه , ومن ثم قيام حق المضرور للمطالبة بالتعويض عنه , إلا أن الفقه اختلف في الشروط الواجب توافرها لقيام الضرر الأدبي فمنهم من ذكر شرطا أو شرطين[٢], ومنهم من ذكر ثلاثة شروط[٣], والبعض الأخر ذهب إلى اشتراط خمسة شروط تشتمل على الشروط الفنية والمصلحية للأضرار الأدبية[٤] . فيشترط بالضرر الأدبي أن يكون شخصيا لمن يطالب بتعويضه ومباشرا ومحققا , وأن ينطوي على إخلال بمصلحة أدبية أو حق ثابت للمضرور , وان لا يكون التعويض عن الضرر قد سبق التعويض عنه .

على مركزه الاجتماعي يكون له الحق في التعويض عن هذا الضرر الأدبي طبقاً للمادتين ٢٦٦ و٢٦٧ من القانون المدني .كذلك القرار تمييز حقوق رقم ٢٠٠٦/٣٤٧٠ تاريخ ٢٠٠٧/٤/٣ , **منشورات مركز عدالة** , مرجع سابق , حيث جاء فيه " إن التعويض عن الضرر الأدبي هو حق للمميز ضده تعويضاً عما أصابه من تشويه بسبب التداخلات الجراحية نتيجة الحادث موضوع الدعوى وما تخلف من عاهة جزئية دائمة قدرت بـ ٧٠% من مجموع قواه العامة مما شكل أثراً سلبياً على حياته الخاصة والعامة وان الإعاقة التي لحقت به من شأنها التأثير على مركز الاجتماعي وتحد من نشاطه الاجتماعي وتختلف نظرة المجتمع إليه بسبب الإعاقة التي لحقت به بالمعنى المقصود بالمادة ١/٢٦٧ من القانون المدني".كذلك القرار تمييز حقوق رقم ٢٠٠٣/٣٤٠ تاريخ ٢٠٠٣/٤/١٦ , **منشورات مركز عدالة** , مرجع سابق . حيث جاء في القرار " ذهب الاجتهاد القضائي إلى أن الضمان عن الضرر الأدبي يستند إلى المادة ٢٦٧/ ١ من القانون المدني التي أجازت تقدير الضمان عن هذا الضرر على أساس الضرر الأدبي هو التعدي الذي نتج عنه الضرر الذي يلحق بالمركز الاجتماعي للمضرور باعتبار أن نظرة المجتمع للشخص المصاب تختلف عن نظرته للشخص السليم." كذلك القرار تمييز حقوق رقم ٢٠٠٣/٥٤٦ تاريخ ٢٠٠٣/٥/١٥ , **منشورات مركز عدالة** , مرجع سابق , حيث جاء فيه " يعتبر التعويض عن الضرر الأدبي الذي لحق بالمميز ضده جائزا وموافقا لأحكام المادة ١/٢٦٧ من القانون المدني ما دام أن العاهة التي لحقت بالمميز ضده قد أثرت على وضعه الاجتماعي واعتباره المالي لأنه وبمرافقة الإصابة له طوال حياته لن يصبح كغيره من الأشخاص .

[١] الدويك , محمد ربيع محمد , **تقدير التعويض عن الضرر الجسدي** , رسالة ماجستير (غير منشورة) , الجامعة الأردنية , عمان , الأردن , ٢٠٠٦ , ص٣١

[٢] السنهوري , **الوسيط** , ج١, مرجع سابق , ص ٩٧١

[٣] مرقس , **المسؤولية المدنية** , مرجع سابق , ص ٤٨

[٤] الفضل , منذر , **النظرية العامة للالتزامات** , دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية (مصادر الالتزام) , ج١ , دار الثقافة , عمان , ١٩٩٦ , ص ٣٧٩ وما بعدها

ويتصور الضرر المعنوي في عمليات التلقيح الصناعي بقيام الطبيب بإفشاء السر الطبي الذي يتعين عليه عدم إفشاؤه حتى بعد انتهاء العملية , كما لو أفشى الطبيب أسماء الأشخاص الخاضعين للتلقيح الصناعي أو نوع المرض المسبب للعقم بل قد يتعرض مركز زرع الأجنة نفسه للمسؤولية المدنية عن إفشاء الأسرار الخاصة بالخاضعين للتلقيح الصناعي[١].

فإفشاء السر الطبي يعد من قبيل الضرر الأدبي الذي يصيب المريض . فهو صفة تخلع على موقف أو مركز أو خبر أو عمل , مما يؤدي إلى وجود رابطة تتصل بهذا الموقف أو المركز أو الخبر بالنسبة لمن حق العلم به , وبالنسبة لمن يقع عليه الالتزام بعدم إذاعته[٢]. أو هو كل واقعة أو أمر , يعلم به الطبيب سواء أفضى به إليه المريض أو الغير أو علم نتيجة الفحص أو التشخيص أثناء أو بمناسبة ممارسته لمهنته أو بسببها وكان للمريض أو لأسرته أو الغير مصلحه مشروعه في كتمانه[٣]. فالسر واقعة أو صفة ينحصر نطاق العلم بها في عدد من الأشخاص, إذا كان مصلحه يعترف بها القانون لشخص أو أكثر في أن يظل العلم بها محصورا في ذلك النطاق[٤]. فالزوج والزوجة اللذان يعانيان من العقم أو عدم الإخصاب واقعة ينحصر نطاق العلم بها في الزوجين والطبيب , ولهما مصلحة في ألا يتسع نطاق العلم بهذه الواقعة لشخص آخر[٥].

فالسر الطبي شرع لمصلحة الطبيب والمريض معا , فالمريض يجب أن يثق بطبيبه ولا يخفي عنه ما ينبغي أن يفضي إليه , كي يتعرف على أسباب مرضه ويتمكن من معالجته , والطبيب يجب أن يلقي في نفس مريضه الثقة به والطمأنينة بأنه سيكتم ما يسره إليه , فإذا لم

---

[١] القيسي ، **مشكلات المسؤولية** , مرجع سابق , ص ١٥٦

[٢] حبيب, عادل جبري محمد , **مدى المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بالسر المهني أو الوظيفي** , ط١ , دار الفكر الجامعي , الإسكندرية , ٢٠٠٣ , ص ١٧

[٣] عبيد , موفق علي , **المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني** , ط١ , دار الثقافة , عمان , ١٩٩٨ , ص ٦٨

[٤] عبد السميع , **التعويض عن الضرر** , مرجع سابق , ص ٦٨٤

[٥] جاء في المادة ٢٣ من الدستور الطبي الأردني بأنه " على الطبيب ألا يفشي بدون موافقة مريضه معلومات حصل عليها أثناء علاقته المهنية إلا في الأحوال التي يتطلبها القانون ولا يشترط في السر أن ينبه المريض طبيبه للحفاظ عليه."

يشعر المريض بهذه الثقة فانه قد يتردد في الإفضاء بكل التفاصيل التي قـد تكـون ضـرورية لتشخيص المرض ووصف العلاج[١].

إن معيار تحقق الضرر من إفشاء السر الطبي معيار شخصي يقدره المريض الذي وقع عليه الضرر , ذلك إن المريض هو الذي يقدر مدى المساس الضار به من جراء إفشاء الـسر , لان ما يراه الطبيب غير ضار قد يكون ضارا بالمريض , فضلا على أن السر ملك لـصاحبه , فصاحب السر يملكه ملكية ترقى به في نفسه منزلة تشبه الاختصاص , وبناء على ذلـك فـان معيار تحقيق الضرر معيار ذاتي يرجع إلى شخص صاحب السر , فهو الـذي يقـدر وجـود الضرر , وهو الذي يستطيع أن يتنازل عن أثاره[٢].

وبناء على ما سبق يثور التساؤل الأول هنا هل أن جميع المعلومات والبيانات المتصلة بالتلقيح الصناعي تدخل في نطاق الأسرار الطبية ؟

إن من المستقر عليه أن السر الطبي لا يقتصر على المعلومات الخاصة بنوع المـرض أو الإصابة التي يعاني منها المريض وإنما يشتمل على كل ما يتصل بالعمل الطبي من فحوص وتحاليل مخبريه أو أعمال تشخيصية , وهذا ما نص عليه الدستور الطبي[٣]. غير أن المعلومات والبيانات التي لا تتعلق بالعمل الطبي فإنها لا تدخل ضمن السر الطبي كأسعار الخدمات المقدمة للمريض وأوقات العلاج.

ويرى الباحث انه يجوز للطبيب الذي يجري تلقيحا صناعيا أن ينشر بحثا طبيا عنه متى لم يكن فيه انتهاك لحق الناس في أسرارهم إذ أن ذلك جائز لكن دون الحاجة إلى ذكر أسماء من أجرى عليهم الفحوص أو صورهم أو إذاعة أسرارهم , كما جاء في الدستور الطبي الأردني[٤].

---

[١] القيسي , **مشكلات المسؤولية** , مرجع سابق , ص ١٥٨. قايد , أسامة عبدالله , **المسئولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة** ,ط ٣ , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٩٤ , ص ٣٣

[٢] عبد السميع , **التعويض عن الضرر** , مرجع سابق , ص ٧١١

[٣] المادة ٢٢ , **الدستور الطبي الأردني** , مرجع سابق . وتنص على انه " يدخل في نطاق السر الطبي كل مـا يطلع عليه الطبيب من أحوال مريضه الصحية والاجتماعية وما قد يراه ويسمعه أو يفهمه من مريـضه أثنـاء اتصاله المهني به من أموره وأمور غير

[٤] المادة ٢٤ / ح , **الدستور الطبي الأردني** , مرجع سابق , تنص على انه يجـوز إفـشاء الـسر الطبـي " لأغراض علمية وللبحوث الطبية دون ذكر الأسماء والصور المعرفة ".

أما السؤال الثاني الذي يثور هنا عن مدى التزام الطبيب بالسر الطبي هل هو التـزام مطلق أم هو التزام نسبي[١]؟

إن الالتزام بالسر الطبي ليس مطلقا فأمامنا مصلحتان , مصلحة عامة ومصلحة خاصة , فحيثما ترجح احدهما على الأخرى كان إفشاء السر أمرا مطلوبا بل واجباً[٢]. أي انه ترد علـى هذا الالتزام بعض الاستثناءات منها ما هو جوازي ومنها ما هو وجـوبي , وتتمثـل الحـالات الجوازية التي يجوز للطبيب القائم بالتلقيح الصناعي أن يفشي السر الطبي[٣] بما يلي:

الحالة الأولى : إفشاء السر بطلب من احد الزوجين :

يجوز للطبيب المختص أن يفشي لأحد الزوجين أو لكليهما ما عاينه من أعراض علـى الأخر على أن يكون هذا مقيدا بشرط تجنب الضرر كما لو تبين أن الزوج عقيم أو مصاب بعنة أو أن الزوجة عاقر أو مصابة بما يمنع مباشرتها[٤]. غير انه لا يجوز لأحد الزوجين أن يفشي

---

[١] إن للموضوع صلة بالأساس القانوني للمسؤولية عن إفشاء الأسرار وقد وجدت هنا نظريتان , الأولى تذهب إلى أن أساس الالتزام بالسر المهني هو العقد , أي أن السر يتولد عن عقد بين المريض والطبيب , يقبل الطبيب بمقتضاه تلقي أسرار المريض وحفظها مصونة لديه وعدم إفشائها , وان هذا العقد هو عقـد وكالـة أو إجـارة خدمات , بينما يرى البعض الآخر أن السر المهني يتولد عن عقد غير مسمى . بينما الثانيـة إلـى أن أسـاس الالتزام هو تعلقه بالنظام العام أي أن أساس الإفشاء بالسر يشكل خطرا اجتماعيا عاما مستقلا عن النتائج التي قد يحدثها للمريض , ومن ثم يجب على المشرع أن يتدخل لحماية تلك المصلحة العامة بالتشريع الذي يجرم الإفشاء .والنظرية الثالثة هي نظرية المصلحة ومضمونها الموازنة بين المصالح الاجتماعية المختلفة فإذا كـان هنـاك مصلحة عليا أجدر بالحماية والرعاية من المصلحة المحمية بالكتمان وتسمو عليها , كالإبلاغ عـن الأمـراض المعدية . للتفصيل انظر : عبدالسميع , **التعويض عن الضرر** , مرجع سـابق , ص ٦٩١ – ٦٩٣ . عبيـد , **المسؤولية الجزائية** , مرجع سابق , ص ٧٨ – ٨٨ . فقد اخذ القانون الأردني بنظرية المصلحة وذلك في المادة ٣٥٥/ ٣ من قانون العقوبات الأردني وجاء فيها " يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات كل من :كـان بحكم مهنته على علم بسر وأفشاه دون سبب مشروع وكذلك المادة ٢٤/ هـ من الدستور الطبي الأردني وجـاء فيها " يجوز إفشاء سر المهنة بأحد الأسباب الآتية : عندما تقتضي الضرورة حفاظاً على امن المجتمع الصحي " . ذلك كون المشرع الأردني من التعابير السابقة بأنه يجوز الإفشاء في كل الحالات المشروعة إذ أن الأسـباب المشروعة التي ينص عليها المشرع هي مصالح اجتماعية توجب ترجيح واجب الإفشاء على واجب الكتمان .

[٢] القيسي ، **مشكلات المسؤولية** , مرجع سابق , ص ١٦٣

[٣] هذه الحالات من مجموعة القوانين والتعليمات السارية المفعول في المملكة الأردنية الهاشمية

[٤] القيسي ، **مشكلات المسؤولية** , مرجع سابق , ص ١٦٤

بغير رضا الأخر ما ابلغه إليه أثناء قيام الزوجية أو بعد انتهائها إلا إذا تعلق الأمـر بجنايـة أو جنحة وقعت من أحدهما على الأخر , أو إذا كان الزوجان طرفين في دعوى واحده . وهذا مـا أكد عليه المشرع الأردني في قانون البينات[١].

الحالة الثانية : إفشاء السر بطلب من المريض نفسه .

صاحب السر هو الذي يملك إما الاستمرار في إضفاء السرية عليه , أو التوقف عن ذلك بالإذن بإفشائه , فان صدر عنه الإذن سقطت عنه حرمته[٢]. ويكون هذا الرضا صريحاً سـواء كان شفويا أو كتابيا[٣]. كأن يقوم احد الزوجين بالطلب من الطبيب المعـالج إعطـاؤه تقريـرا يتضمن سيرته المرضية والمعلومات التي يعرفها , فعلى الطبيب أن يستجيب لذلك وان يذكر أن التقرير بما تضمنه من معلومات أعطي للمريض شخصيا وبناء على طلبه . فقد نـص قـانون البينات الأردني على انه " من علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء عن طريـق مهنتـه أو صنعته بواقعة أو بمعلومات لا يجوز له أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته ما لـم يكن ذكرها له مقصوداً به ارتكاب جناية أو جنحة ويجب عليهم أن يؤدوا الـشهادة عـن تلـك الواقعة أو المعلومات متى طلب منهم من أسرها إليهم على أن لا يخل ذلـك بأحكـام القـوانين الخاصة بهم"[٤].

هذا ويشترط في الرضا أن يكون وليد إرادة حرة , وان يكون سابقا على إفشاء الـسر , فالرضا اللاحق هو نوع من التصالح لا يحول دون قيام مسؤولية الطبيب عن الإفشاء[٥].

---

[١] قانون البينات الأردني رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٢المنشور على الصفحة ٢٠٠ من عدد الجريـدة الرسـمية رقـم ١١٠٨ بتاريخ ١٩٥٢/٥/١٧ . حيث نصت المادة ٣٨ منه على انه " لا يجوز لأحد الزوجين أن يفـشي بغيـر رضا الآخر ما ابلغه إياه أثناء الزوجية ولو بعد انفصامها إلا في حالة رفع دعوى من احدهما علـى الآخـر أو إقامة دعوى على احدهم بسبب جناية أو جنحة وقعت منه على الآخر ".

[٢] عبدالسميع , **التعويض عن الضرر** , مرجع سابق , ص ٧١٣

[٣] عبيد , **المسؤولية الجزائية** , مرجع سابق , ١٤٤

[٤] المادة ٣٧ , **قانون البينات الأردني** , مرجع سابق

[٥] مأمون , عبدالرشيد , **عقد العلاج الطبي بين النظرية والتطبيق** , دار النهضة العربيـة , القـاهرة , ١٩٨٦ ص٧٨

الحالة الثالثة : إفشاء السر منعا لوقوع جريمة .

للطبيب أن يفشي السر إذا كان من شأن ذلك أن يمنع وقوع جريمة كما لو طلب منه تلقيح امرأة بمني رجل أجنبي , ويستوي في ذلك أن تكون المرأة متزوجة أو غير متزوجة , فللطبيب أن يخبر عنها الجهات المختصة[١] كون معظم التشريعات لم تجيز التلقيح من شخص أجنبي وخاصة التشريعات الإسلامية .

أما الحالات الإجبارية فيكون الطبيب ملزما بالإفشاء وذلك لاعتبارات تتعلق بالصحة العامة كما لو تبين أن الزوجين أو احدهما مصابا بمرض نقص المناعة المكتسبة (الايدز) أو احد الأمراض التناسلية المعدية وهذا ما أشار إليه الدستور الطبي الأردني[٢] , وقانون الصحة الأردني[٣].

---

(١) القيسي ، **مشكلات المسؤولية** , مرجع سابق , ص ١٦٤

(٢) المادة ٢٤/هـ , **الدستور الطبي الأردني** , مرجع سابق . وتنص على انه " يجوز إفشاء سر المهنة بأحد الأسباب الآتية : عندما تقتضي الضرورة حفاظاً على امن المجتمع الصحي .

(٣) المادة ٢٠ , **قانون الصحة الأردني** , مرجع سابق . وتنص على انه " يجب على كل طبيب اشرف أو اشترك في معالجة أي مصاب بمرض معد أن يبلغ المدير في منطقته عن الإصابة أو الوفاة بهذا المرض خلال أربع وعشرين ساعة من حدوثها أما إذا كان المرض خطيرا أو منتشرا بشكل وباء فيكون التبليغ فوريا وتسري أحكام هذه الفقرة على مسئول المختبر الطبي الذي اكتشف هذا المرض

المطلب الثالث

الأضرار الناجمة عن تفويت الفرصة (Perte de chance)

يقصد بتفويت الفرصة بأنها " حالة حرمان الشخص من فرصة كان من المحتمل أن تعود عليه بالكسب , أو في تجنب بعض الأضرار التي لحقت به"(١). ومثال ذلك حرمان المريض من الحياة نتيجة خطأ الطبيب الجراح إثر عملية جراحية فاشلة . أو حرمان الزوجين في أن يصبحا يوما أبوين نتيجة إعدام (إتلاف) البويضات الملقحة العائدة لهما(٢).

لقد أدى تطور القضاء في فرنسا في المجالات الطبية إلى استحداث صورة جديدة من صور الضرر الطبي وتطلق عليها ضياع فرصة المريض للشفاء ، أو بقائه على قيد الحياة وسبب ذلك خطأ الطبيب . وقد كانت المحاكم في فرنسا في البداية لا تعوض عن فوات الفرصة بحيث كانت تسوى بينها وبين الضرر الاحتمالي ، ولكنها عدلت عن ذلك وقررت بوجوب التعويض ، حيث ذهب الفقه الفرنسي إلى وجوب مسائلة الطبيب على ممارسته العمل الطبي الخاطئ ووجوب التعويض عن الخطأ المحقق لفرصة الشفاء وتفويت الفرصة ، حيث كان أول حكم لمحكمة النقض الفرنسية بالتعويض وقدره (٦٥٠٠) فرنك فرنسي بسبب تفويت الفرصة على الطفلة المصابة بعجز دائم لأن ذلك يعرقل حياتها(٣). كما أن القضاء الأمريكي حكم لزوجين بمبلغ معين على سبيل التعويض عن الضرر الناشئ عن تفويت فرصتها في أن يُصبحا أبوين نتيجة قيام إحدى المستشفيات بإعدام البويضات الملقحة خارج الرحم , وذلك قبل زرعها في رحم الزوجة صاحبة البويضة(٤).

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الأردني نص على التعويض عن تفويت الفرصة كما جاء في القانون المدني(٥). وكذلك محكمة التمييز الأردنية أخذت بالتعويض عن تفويت الفرصة في العديد من قراراتها وقد جاء في أحدى هذه القرارات " أن المحامي الذي يفوت على الموكل

---

(١) الحياري , **المسؤولية المدنية** , مرجع سابق , ص ١٣١

(٢) زهرة , **الإنجاب الصناعي** , مرجع سابق , ص ٩٥

(٣) عساف , **المسؤولية المدنية** , مرجع سابق , ص ١٠٠

(٤) زهرة , **الإنجاب الصناعي** , مرجع سابق , ص ٩١

(٥) المادة ٢٦٦ , **القانون المدني الأردني** , مرجع سابق . وتنص على انه " يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار.

المدد القانونية المقررة في إجراءات التنفيذ يعتبر مقصراً في بذل العناية اللازمة في تنفيذ ما وكل به ، وأن تقصيراً كهذا يرتب على المحامي مسؤولية الضمان فيما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه بمفهوم المادة ٣٦٣ من القانون المدني" [١]. فأنني أرى أن التطبيق القضائي الأردني قدساير القضاء الفرنسي في جعل تفويت الفرصة من بين الأضرار التي يجوز للمضرور المطالبة بالتعويض عنها , لأنه إذا كان موضوع الفرصة أمرًا احتماليًا فإن تفويتها أمر محقق ويجب التعويض عنها[٢]. وتبدو الفرصة للمريض من عدة وجوه سواء ما كان أمامه من فرص الكسب أو النجاح في حياته وقد يبدو الضرر أيضًا فيما كان للمريض من فرص الشفاء لو لم يرتكب الطبيب الخطأ الطبي وما كان له من فرصة في الحياة .

---

[١] تمييز حقوق رقم ١٩٨٢/٧٦٨ تاريخ ١٩٨٣/٣/٢٩ ، **مجلة نقابة المحامين** , لسنة ١٩٨٣م، عدد ٦، ص٨٣٢.

[٢] تمييز حقوق رقم ١٩٨٦/٤٨٠ تاريخ ١٩٨٦/٩/٢٠ , **مجلة نقابة المحامين** , لسنة ١٩٨٩ , ص ١٩٨٠

المبحث الثالث

علاقة السببية بين الخطأ والضرر

لا يكفي لقيام المسؤولية أن يكون هناك خطا (فعل ضار) صدر من احد , وضرر أصاب غيره , بل لا بد أن يكون ذاك الفعل هو السبب في وقوع هذا الضرر , وهذا ما يعبر عنه بضرورة وجود علاقة السببية بين الاثنين[١]. وهي الركن الثالث في المسؤولية , فلا يكفي لقيام المسؤولية الطبية بوجه عام والتلقيح الصناعي بوجه خاص أن يكون هناك خطأ وضرر بل لا بد أن يكون الخطأ هو السبب الذي أدى إلى وقوع الضرر . فقد يقع الخطأ والضرر ولا توجد بينهما رابطة سببية فلا تقوم المسؤولية [٢].

من المسلم به أن السببية بين الخطأ والضرر يجب أن تكون محققة ومباشرة [٣]. وان معرفة ما إذا كانت السببية قد قامت بين الفعل والضرر أم لم تقم مسألة دقيقة . ويرجع ذلك إلى أن الغالب في الضرر أن يقع نتيجة لعدة أسباب وليس لسبب واحد . على أن الإطار الذي تطرح فيه مشكلة السببية عادة ما يسهل بعض معطياتها , فواقعيا لا يبحث القاضي كثيرا في الأسباب التي أدت إلى الضرر , فهي كثيرة والبحث فيها يكاد يكون عملية مستحيلة , إنما عليه فقط أن يقرر إذا كان الفعل الذي ينسب للمدعى عليه سببا لضرر المدعي به أم لا [٤]. فعلى القاضي استخلاص العلاقة السببية من قرائن ودلائل متفقة , وهي ليست بالشيء الذي يرى أو يلمس إنما هي ما يستنتجه الفكر من ظروف الواقع , والحقيقة أن القاضي حر في تكوين عقيدته[٥]. وان رقابة محكمة التمييز تنحصر فقط في التحقق من أن أسباب الحكم تظهر بوضوح علاقة سببية كافية بين كل من الخطأ والضرر[٦] .

---

[١] السرحان وخاطر , **مصادر الحقوق** , مرجع سابق , ص ٤٢٥

[٢] السنهوري , **الوسيط** , ج ١ , مرجع سابق , ص ٨٧٣

[٣] مرقس , **الوافي** , مرجع سابق , ص ٤٥٦

[٤] السرحان وخاطر , **مصادر الحقوق** , مرجع سابق , ص ٤٢٥

[٥] التونجي , **المسؤولية المدنية** , مرجع سابق , ص ٣٠٦

[٦] تمييز حقوق رقم ٢٠٠٤/١٣٠٥ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠٠٤/٨/١٦ , **منشورات مركز عدالة** , مرجع سابق . حيث جاء فيه " من القواعد المقررة أن تكييف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض هو من مسائل القانون التي يخضع قضاء محكمة الموضوع فيها لرقابة محكمة التمييز إلا أن استخلاص الخطأ الموجب

ففي عملية طبية كالتلقيح الصناعي تتعدد الأسباب المفضية إلى إحداث ضرر معين مما يصعب معه القول بدقة أيها كانت السبب في إحداث الضرر . ومن هذا المنطلق حدث خلاف بين شرّاح القانون في عملية إسناد الضرر الحاصل إلى هذه الأسباب , ولأجل تحديد رابطة السببية فقد وجد فقه القانون عدة نظريات ومن أهمها(١) :

١. نظرية تعادل الأسباب وتكافؤها :

تدعو هذه النظرية إلى وجوب الاعتداد بجميع الأسباب أيا كانت أهميتها وقربها أو بعدها عن الضرر , لذلك فهي يجب أن تعامل على قدم المساواة دون تمييز . وترى هذه النظرية أن أي سبب من هذه الأسباب يساوي غيره في إحداث الضرر , وبالتالي فان فاعل أي سبب من هذه الأسباب يمكن إلزامه بالتعويض عن كامل الضرر , على أن يكون له الحق في الرجوع على فاعلي الأسباب الأخرى(٢) . فكل عامل من العوامل يعتبر شرطا لحدوث النتيجة دونما تمييز بين عامل وآخر من حيث قوته أو أثره بالنتيجة , كما أن هذه النظرية تحمل المسؤولية للعمل الإنساني وحده حتى لو كان مصحوبا بقوة قاهرة (٣).

فإذا اشترك في الخطأ الذي أدى إلى النتيجة أكثر من طبيب فأنهم يسالون جميعا ويعتبر سببا مباشرا ولو تدخلت عدة عوامل ساعدت مع فعل الطبيب إلى وقوع النتيجة , حتى ولو كان قد توقع أو كان بإمكانه أن يتوقع مثل هذه الأسباب طبقا للسير العادي للأمور . وتأخذ محكمة

للمسؤولية ونسبته وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر هو مما يدخل في حدود سلطة محكمة الموضوع التقديرية دون رقابة عليها في ذلك من محكمة التمييز متى كان استخلاصها استخلاصاً سائغاً ومستمداً من عناصر تؤدي إليه وبينات مقدمة في الدعوى." كذلك تمييز حقوق رقم ٢٠٠٣/٢٥٠٣ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠٠٣/١١/١٢ , **منشورات مركز عدالة** , مرجع سابق . كذلك تمييز حقوق رقم ٢٠٠١/٢٤١٠ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠٠١/١٠/٨ , **منشورات مركز عدالة** , مرجع سابق .

(١) للمزيد حول هذه النظريات , انظر : السنهوري , **الوسيط** , ج١ , مرجع سابق , ص ٩٠٢ ٩١٥ . الذنون , **المبسوط** , ج٣ , مرجع سابق , ص ١٦ – ٤٦ . التونجي , **المسؤولية المدنية** , مرجع سابق . ص ٣٠٢ – ٣٠٣ . السرحان وخاطر , **مصادر الحقوق** , مرجع سابق , ص ٤٢٦ – ٤٢٧ .مرقس , **الوافي** , ج١ , مرجع سابق , ٤٥٩ – ٤٧٣ .

(٢) السرحان وخاطر , **مصادر الحقوق** , مرجع سابق , ص ٤٢٦

(٣) حنا , منير رياض , **المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة** , بدون طبعة , دار المطبوعات الجامعية , الإسكندرية , ١٩٨٩ , ص ١١٤ – ١١٦

النقض الفرنسية بهذه النظرية كمعيار للسببية فكل العوامل التي ساهمت في إحداث الضرر بدور ملحوظ يجب أن تتحمل نصيبها في التعويض[١].

٢. نظرية السبب الأقوى (الأقرب) :

يعود تأسيس هذه النظرية إلى الفقيه (كارل بيركير) وذهب للقول بان سبب النتيجة هـو العامل الأقوى فاعلية والأكثر إسهاما في إحداثها وتعد الأسباب الأخرى مجرد ظروف ساعدت السبب الأقوى كما وتعد أسبابا عارضة , أو بعبارة أخرى إذا كان فعله هو السبب الأساسي وكانت الأفعال الأخرى مجرد عوامل مساعدة[٢].

فإذا تعددت الأسباب واستغرق سبب خطا الطبيب للأسباب الأخرى , كما لو كان خطـا الطبيب متعمدا والخطأ الأخر غير متعمد , أو كان احد السببين نتيجة لسبب آخر , ومثالـه لـو اخطأ الطبيب في إصدار توجيهات للمريض , واقترن بخطأ المريض في إتباع التعليمات ممـا يؤدي إلى إصابة الأخير بضرر فيعتبر خطا الطبيب مستغرقا لخطـا الطبيـب وعليـه تعتبـر مسؤولية الطبيب كاملة طبقا لهذه النظرية .

٣. نظرية السبب المنتج أو الفعال [٣]:

تقوم هذه النظرية على إننا نستعرض جميع الأسباب التي لها دخل في إحداث الـضرر ونميز فيها بين السبب العارض والسبب المنتج , ونعتمد السبب المنتج وحده سببا للضرر , فهو السبب المألوف لإحداث الضرر حسب المجرى الطبيعي للأمور , وخلافه السبب العارض الذي وجوده أو غيابه لا يغير من الموضوع شيئا[٤]. فالسبب العارض يطرح جانبا ولا يؤخـذ بـه , وحسب هذه النظرية , إن من العوامل ما يكفي لوقوع الضرر ويعد سببه الحقيقـي ويوصـف بالسبب الفعال وفقا للمجرى العادي للأمور في أحداث الضرر , وليس هذا فحسب بل يجـب أن

---

[١] عبدالحميد , ثروت , **تعويض الحوادث الطبية** , دار الجامعة الجديدة , القاهرة , ٢٠٠٧ , ص ١٣١

[٢] الحياري , **المسؤولية المدنية** , مرجع سابق , ص ١٣٧

[٣] تنسب هذه النظرية إلى الفقيه الألماني فون كريس وتم تعديلها على يد فقهاء آخرين منهم (روملين وتراجر) واستقر على الأخذ بهذه النظرية القضاء الفرنسي والمصري

[٤] المحتسب بالله , **المسؤولية الطبية** , مرجع سابق , ص ٢٥٧

يعتبر الفعل قد أسهم في إحداثه[١]. وبعبارة أخرى يعد السبب قائما لو تدخلت عوامل سابقة أو لاحقة أو معاصرة على الفعل المرتكب ما دامت هذه العوامل متوقعة ومألوفة , وفي حال تدخل عامل نادر أو شاذ غير متوقع وغير مألوف فانه يكفي لقطع العلاقة السببية[٢]. ومن العوامل الشاذة في التلقيح الصناعي عدم التزام الزوجة تعمدا بتعليمات الطبيب المعالج . وكذلك عدم استجابة مبايض الزوجة للاستثارة الطبية لوجود كسل في الغدة النخامية . أدى إلى توقف إفراز هذا الهرمون بشكل كامل في الجسم .

لقد مال المشرع الأردني نحو نظرية السبب الأقوى أو المنتج الراجحة في الفقه والقضاء الفرنسي. وكذلك في الجانب الأكبر من مدارس الفقه الإسلامي , لتفسير علاقة السببية التي لا بد من قيامها بين الفعل المولد للمسؤولية والضرر المطلوب التعويض عنه[٣].

ويرى الباحث انه من الصواب القول إن من أفضل النظريات التي يمكن تبنيها في ظل الوضع الحالي هي نظرية السبب المنتج أو الفعال حيث انه من خلالها يتم معرفة الوضع الحقيقي للمريض , وتحديد السبب الملائم لوضعه والذي له الدور الأساسي في وقوع الضرر لأنه ليس من المنطق أن يجعل السبب العارض جزء من المسؤولية فقد يكون الإنسان يعاني من

---

[١] مرقس , **المسؤولية المدنية** , ج١ , مرجع سابق , ص ٤٦٥ . حنا , **المسؤولية الجنائية** , مرجع سابق , ص ١١٧

[٢] حنا , **المسؤولية الجنائية** , مرجع سابق , ص ١١٨

[٣] حول الحجج التي ساقها الفقه لأخذ القانون الأردني بنظرية السبب المنتج . انظر : السرحان وخاطر , **مصادر الحقوق** , مرجع سابق , ص ٤٣٩.

اخذ المشرع الأردني في قانون العقوبات بنظرية تعادل الأسباب معيارا لعلاقة السببية في مجال جرائم القتل والإيذاء المقصودين , إذ تتوافر علاقة السببية ولو تدخل سبب أجنبي سابق أو معاصر أو لاحق مع فعل الجاني , وقد أورد المشرع هذا الحكم الخاص في صلب المادة ٣٤٥ بعد أن خصها بعنوان " القتل والإيذاء الناجمين عن تعدد الأسباب." السعيد , كامل , **شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات** , ط ١ , الدار العلمية الدولية ودار الثقافة , عمان , ٢٠٠٢ , ص ٢٢١ . كذلك انظر : تمييز جزاء رقم ٣٦٢/ ١٩٩٨ تاريخ ١٩٩٩/٢/٢٨, **مجلة نقابة المحامين** , ١٩٩٩ , ص٢٥٥٥ . حيث جاء فيه " على ضوء ما ورد التقرير الطبي وشهادة الطبيب الشرعي أن المجني عليه كان قبل ضربه مصاباً بالتهاب رئوي تسبب بحدوث وفاته وان ما نتج عن الضربة في الجبهة هو ارتجاج دماغي أدى إلى احتقان مادة الدماغ وحدوث وذمة دماغية وإنها تعتبر خطرة على المصاب وبالنتيجة إن الضربة من حيث طبيعتها ومكانها وما أنتجته من أثار قد ساعدت على الإسراع في الوفاة لتزامنها مع الالتهاب الرئوي .وعليه ولوجود سبب لوفاة المجني عليه سابق لفعل المميز وكان هو يجهلها فان من المستوجب تطبيق أحكام المادة ٣٤٥ من قانون العقوبات على فعله .

مرض ويتطور هذا المرض دون أن يكون للطبيب أي علاقة بذلك بحيث يكون جسمه لا يستجيب للعلاج , فهنا لا يمكننا القول إن خطا الطبيب هو السبب في الضرر الذي وقع للمريض بل إن طبيعة وضع المريض هي السبب .

هذه هي النظريات في القوانين الوضعية أما الفقه الإسلامي فان الفقهاء المسلمين لم يبحثوا رابطة السببية كما فعل شرّاح القانون لان الضمان في الفقه الإسلامي يناط بالضرر وحده دون أي اعتبار آخر , إذ أن الفقهاء المسلمين استغنوا عن علاقة السببية باصطلاحي التسبب والمباشرة . فحيثما وجدت المباشرة أو التسبب توجد العلاقة المتصلة بين الضرر وبين الفعل غير المشروع ومن ثم تترتب المسؤولية[١]. وعلية سوف أقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : المباشر والمتسبب في نطاق التلقيح الصناعي.

المطلب الثاني : انتفاء علاقة السببية .

---

(١) المحمصاني , صبحي , **النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية** , ط٣ , دار العلم للملايين , بيروت , ١٩٨٣ , ص ١٨٢

المطلب الأول

المباشر والمتسبب في نطاق التلقيح الصناعي

لم أجد في كتب الفقه الإسلامي تعريفا أو تحديدا منفردا للمباشر دون أن يعرف تبعا لـه المتسبب , فيقصد بالمباشرة الحالة التي يكون فيها فعل الفاعل , الذي يطلق عليه المباشر والذي يمارسه بنفسه قد أنتج الضرر وكان هذا الفعل هو السبب الوحيد للضرر , دون أن يتدخل فعل آخر أيا كان بين فعل الفاعل والضرر الذي نجم عنه مباشرة [١]. وتعرف أيضا بأنها ما كانت نتيجة اتصال آلة التلف بمحله[٢].

وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية الإتلاف مباشرة بأنه " إتلاف الشيء بالذات من غير أن يتخلل بين فعل المباشر والتلف فعل آخر ويقال لمن فعله مباشر"[٣]. فالمباشر هو من يكون فعله الذي باشره بنفسه قد احدث الضرر وكان له سببا دون واسطة ودون أن يتدخل أمر بين الفعل والضرر[٤].

أما المتسبب فيقصد به هو الذي يفعل ما يؤدي إلى حادثة ولا يباشرها مباشرة[٥]. فالتسبب يتم بفعل يرتكبه الفاعل , إلا أن هذا الفعل لا يؤدي إلى الضرر بذاته , إنما فقط نتائج هذا الفعل هي التي سببت هذا الضرر , فهو إذا إيجاد ما يحصل عنده دون أن ينسب إليه الضرر عادة , وبذلك فالتسبب لا يعد السبب القريب للضرر كما في المباشرة بل هو ابعد من المباشرة , لتوسط عمل آخر بينه وبين النتيجة[٦].

---

(١) السرحان وخاطر , **مصادر الحقوق** , مرجع سابق , ص ٣٦٧

(٢) الزحيلي , وهبة , **نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي** , ط١ , دار الفكر المعاصر , بيروت , ١٩٨٣ , ص ٢٦ . الزرقا , مصطفى احمد , **الفعل الضار والضمان فيه** , ط١, الدار الشامية للطباعة والنشر والتوزيع , بيروت , ١٩٨٨ , ص ٧٤

(٣) المادة ٨٧٧ , مجلة الأحكام العدلية , مرجع سابق

(٤) أبو الليل , إبراهيم دسوقي , **المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق** , ط١ , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٨٠ , ص ٣٤٨

(٥) الزرقا , مصطفى احمد , **المدخل الفقهي العام** , ط ٢ , ج ٢ , دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع , دمشق , ٢٠٠٤ , ص ١٠٤٦

(٦) السرحان وخاطر , **مصادر الحقوق** , مرجع سابق , ص ٤٣٣

وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية الإتلاف تسببا بأنه " التسبب في تلف شـيء يعنـي أن يحدث في شيء ما يفضي عادة إلى تلف شيء آخر ويقال لفاعله متسبب[١]" .

لقد قنن المشرع الأردني في القانون المدني مبدأين هامين أولهما ما تضمنته المادة ٢٥٧ منه حينما قالت " ١. يكون الإضرار بالمباشرة أو التسبب ٢. فان كان بالمباشرة لزم الـضمان ولا شرط له وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضيا إلى الضرر . هذه المادة بعد أن قررت أن الضمان إما أن يكون بالمباشرة أو بالتسبب عادت فلم تـشترط أي شرط لضمان الإضرار التي يحدثها المباشر في حين أنها اشترطت لقيام مـسؤولية المتـسبب التعمد أو التعدي أو أن يكون فعله مفضيا إلى الضرر[٢] .

ويؤيد الباحث رأي الأستاذ الدكتور محمد الزعبي بان شرط التعـدي وحـده يتـضمن الشرطين الآخرين اللذين نصت عليهما هذه المادة وذلك أن الشرط الثاني وهو أن يكون المتسبب متعمدا في إحداث الضرر , المقصود منه هو الشرط الأول وهو أن يكون المتسبب متعديا فـي إحداث الضرر , لان التعدي المقصود يشمل الفعل المتعمد للمتسبب , فيدخل السبب الثاني ضمن الأول , كما أن الشرط الثالث وهو أن يكون الفعل مفضيا إلى الضرر , يتعلق في الحقيقة بعلاقة السببية التي يجب توافرها سواء أكان الفعل تعديا أم تعمدا , بحيث لا تقوم المسؤولية إلا بـه , وبالتالي فانه يكون ضروريا لقيام المسؤولية في حالة التعمد أو التعدي فهو شرط لقيام المسؤولية فيهما ولا يكون شرطا قائما بذاته وبمعزل عن فعل يكون تعديا أو تعمدا[٣].

أما المبدأ الثاني فقد تضمنته المادة ٢٥٨ والتي تنص " إذا اجتمع المباشـر والمتـسبب يضاف الحكم إلى المباشر"[٤]. هذه المادة تلقي المسؤولية على المباشر إن اجتمع هو والمتسبب في إحداث الضرر ما دامت المباشرة تشكل السبب القريب الذي لا يتوسط بينه وبـين نتيجتـه المتولدة عنه فعل آخر , فتكون عندئذ هي السبب المنتج للضرر.

---

[١] المادة ٨٨٨ , **مجلة الأحكام العدلية** , مرجع سابق

[٢] المادة ٢٥٧ , **القانون المدني الأردني** , مرجع سابق . للتفصيل في هذه الشروط انظر : الزعبي , محمـد يوسف , **مسؤولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الأردني** , مجلة مؤتة للبحوث والدراسـات , المجلـد الثاني , العدد الأول , ١٩٨٧, ص ١٩٣ – ١٩٩

[٣] الزعبي , **مسؤولية المباشر** , مرجع سابق , ص ١٩٩

[٤] المادة ٢٥٨ , **القانون المدني الأردني** , مرجع سابق

إن المباشرة وعلى ضوء ما سبق تتصور إذا باشر فاعلها الفعل بنفسه أي بواسطة احد أعضائه أو بواسطة شيء تحت يده بغض النظر إن كان هذا الشيء حيا أو غير حي مسيطر عليه , بشرط أن لا يكون فعل الشيء مستقلا بذاته , ويكون الشخص مسئولا مسؤولية شخصية وليس مسؤولية عن الأشياء[١]. فقد جاء في مجلة الأحكام العدلية " لو أن دابة يركبها إنسان داست شيئا بيدها أو رجلها في ملكه أو في ملك الغير وأتلفته يعد الراكب انه اتلف ذلك الشيء مباشرة "[٢]. لان الضرر الذي تحدثه الدابة يضاف إلى الراكب لأنه حاصل بثقله وثقل الدابة وسيرها مضاف إليه وهي آله له[٣].

وهكذا فان الطبيب المختص بالتلقيح الصناعي يكون مباشرا إذا ما احدث ضررا بأحد الزوجين الذي أجريت لهما عملية تلقيح صناعي (داخلي أو خارجي) سواء احدث الضرر بنفسه – الطبيب المعالج بالتلقيح الصناعي – كما لو قام هذا الطبيب بخلط الأنابيب المحتوية لحيوانات منوية تعود لرجل غير الزوج مع بويضة امرأة ليست زوجته نتج عنها طفل لا ينتسب لأبوية , أو حدث هذا الضرر بواسطة اله طبية كان يستخدمها الطبيب في إجراء التلقيح الصناعي[٤] .

والسؤال الذي نثيره هنا لو أن الطبيب المعالج بالتلقيح الصناعي قد ساهم بامتناعه عن فعل مطلوب منه إلى حصول ضرر لأحد الزوجين , فهل يكون مباشرا إذا أصاب الزوجين ضرر ؟

لقد اختلف الفقهاء في ذلك , فمنهم من يعتقد بضرورة حصول فعل ايجابي حتى تقوم مسؤولية المباشر , ولا يمكن أن تقوم هذه المسؤولية عن طريق الامتناع فلا بد من حصول فعل ايجابي على أساس أن سبب الضمان هو الإتلاف . والإتلاف لا يتحقق إلا بحصول فعل ايجابي[٥]. ومنهم من يعتقد أن الفعل السلبي قد تتحقق معه المباشرة[٦].

---

[١] الزعبي , , **مسؤولية المباشر** , مرجع سابق , ص ١٦٧

[٢] المادة ٩٣٦, **مجلة الأحكام العدلية** , مرجع سابق

[٣] باز , سليم رستم , **شرح المجلة** , ط ٣ , دار إحياء التراث العربي , بيروت , ١٣٠٥ هـ , ص ٥٢٩

[٤] الحياري , **المسؤولية المدنية** , مرجع سابق , ص ١٤٣

[٥] الخفيف , علي , **الضمان في الفقه الإسلامي** , القسم الأول , بدون طبعة , معهد البحوث والدراسات العربية , القاهرة , ١٩٧١ , ص ٤٠ – ٤٢

[٦] تفصيل ذلك انظر : الزعبي , **مسؤولية المباشر** , مرجع سابق ,١٦٨

ويرى الباحث إن ما اخذ به بعض الشرّاح[١]على أن المباشرة تفترض فعلا ايجابيا من المباشر فإذا لم يكن الفعل ايجابيا كان الفاعل متسببا لا غير , إذ أن الممتنع أو صاحب الفعل السلبي يمكن أن يترتب على امتناعه ضرر ولكن باعتباره متسببا وليس مباشرا , لان المباشرة هي مباشرة الشيء وهذه لا تكون إلا بفعل لا بد وان يكون ايجابيا . ففي التلقيح الصناعي فان الطبيب الذي يسهم بامتناعه المجرد عن إحداث ضرر يصيب المريض لم يحصل بسبب الامتناع المجرد وإنما بسبب عدم تقديم الأدوية علاجا له وهو شيء توسط بين الفعل والامتناع وحصول الضرر , فالمباشرة عمل يتحقق أثره وهذه لا تكون إلا بفعل لا بد وان يكون ايجابيا[٢].

أما التسبب فيكون الطبيب متسببا عندما يهمل في اختيار الدواء المناسب للزوجة بعد إجرائه عملية التلقيح الصناعي فيتسبب عنه ضرر يلحق بالزوجة . فالتسبب هو ما يوجد الضرر ليس بذاته بل بواسطته وكان عله للضرر المتحقق[٣].

ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن الضرر الحاصل للمرأة التي أجرت تلقيحا صناعيا حصل بسبب سوء اختيار الدواء إذ انه لولا ذلك ما حصل الضرر , غير أن سوء اختيار الدواء ما كان ليحصل لولا إجراء التلقيح الصناعي , فالضرر الحاصل هنا يضاف مباشرة إلى سوء اختيار الدواء , وسوء اختيار الدواء يضاف إلى إجراء التلقيح الصناعي , أما العلاقة بين إجراء التلقيح الصناعي والضرر فهي علاقة غير مباشرة[٤].

نستنتج مما سبق إن فعل الطبيب المعالج بالتلقيح الصناعي سواء كان بالمباشرة أم التسبب فان علاقة السببية شرط فيها . فكل من المباشرة والتسبب سبب للضرر , وهذا القاسم المشترك بينهما , أما ما يميزهما عن بعضهما فهو درجة وقوة وضوح السببية بينها إذ أن كليهما سبب للضرر , فالسببية في المباشرة واضحة تماما بحيث لا يفصل بين الفعل والضرر فعلٌ آخر, وتكون النتيجة ناتجة عن الفعل بشكل لا ريب فيه ولا شكوك , بينما السببية في التسبب

---

(١) أبو الليل , **المسؤولية المدنية** , مرجع سابق , ص ٣٠٦ . الزعبي , , **مسؤولية المباشر** , مرجع سابق , ١٦٨

(٢) القيسي ، **مشكلات المسؤولية** , مرجع سابق , ص ١٨٩

(٣) أبو الليل , **المسؤولية المدنية** , مرجع سابق , ص ١٥٧

(٤) القيسي ، **مشكلات المسؤولية** , مرجع سابق , ص ١٧٦

تكون غير مباشرة وقد تكون غير واضحة لحدوث أمر أو فعل يفصل بـــين الفعــل وحــدوث الضرر[1] .

[1] الزعبي , , **مسؤولية المباشر** , مرجع سابق , ص ١٨٩

المطلب الثاني

انتفاء علاقة السببية

الأصل أن عبء إثبات علاقة السببية يكون على المضرور , فهو المدعي في دعوى المسؤولية , وعلية إقامة الدليل على ادعائه بإثبات أركان المسؤولية ومنها علاقة السببية , والإثبات قد يكون بطرق الإثبات كافة .

فإثبات علاقة السببية بين الفعل والضرر الذي نجم عنه يسمح بقيام مسؤولية فاعل الضرر عن تعويضه , إلا أن نفي هذه العلاقة يسمح هو الآخر بإعفائه من هذه المسؤولية وهو يستطيع أن ينفيها بإثبات السبب الأجنبي الذي يقف وراء الضرر . فالطبيب المعالج بالتلقيح الصناعي يستطيع أن ينفي العلاقة بين فعله والضرر الناجم للزوجين الذي أجريت لهم عملية التلقيح الصناعي بإثباته السبب الأجنبي الذي كان وراء حصول الضرر , فقد نصت المادة ٢٦١ من القانون المدني الأردني[١] على انه " إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشا عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك" . ويعرف السبب الأجنبي بأنه كل أمر لا يد للمدعي عليه فيه ويكون هو السبب في إحداث الضرر ويترتب عليه انتفاء مسؤوليته كلها أو بعضها[٢] .

---

(١) المادة ٢٦١ , **القانون المدني الأردني** , مرجع سابق . تقابلها المواد : ١٦٥مدني مصري , ١٢٧ مدني جزائري , ٢١١ مدني عراقي , ٩٤ مدني تونس , ٢٣٣ مدني كويتي.

(٢) إن انتفاء علاقة السببية للسبب الأجنبي لا تتلاءم مع قواعد الضمان وأسبابه في الفقه الإسلامي , فالمادة ٢٦١ من القانون المدني الأردني قد نقلها المشرع من النصوص المقابلة لها في القوانين العربية التي سبقته والتي استعارته هي الأخرى من القوانين الغربية خصوصا القانون الفرنسي والتطورات القضائية والفقهية فيه , ولكن إذا كانت نظرية السبب الأجنبي تتلاءم مع مبدأ المسؤولية التقصيرية القائمة على الخطأ في هذه القوانين , إلا أنها لا تتلائم مع فكرة الضمان ذات المنحنى المادي في تقرير مسؤولية المباشر والمتسبب , لذلك لم ينجح المشرع الأردني عندما اخذ بفكرة السبب الأجنبي من القوانين الوضعية في الوقت الذي اخذ فيه أيضا بقواعد المباشرة والتسبب من الفقه الإسلامي , وهي أحكام لا يمكن الجمع بينها لتضارب بعض الحلول والنتائج التي تؤدي إليها . السرحان وخاطر , **مصادر الحقوق** , مرجع سابق , ص ٤٤٤

لقد اجمع الفقه والقضاء على أن السبب الأجنبي يشمل الحادث الفجائي والقوة القاهرة وفعل المصاب (أو فعل الدائن في المسؤولية العقدية) واختلفوا فيما يتعلق بفعل الغير[١]. إلا أن المشرع الأردني[٢] قطع الخلاف فيما يتعلق بفعل الغير بان اعتبره سببا أجنبيا وكذلك خطا المصاب نفسه[٣]. أما عن الأسباب الأجنبية التي يستطيع الطبيب إثباتها لكي يقطع علاقة السببية بين فعله والضرر في عملية التلقيح الصناعي , وهي :

اولاً : القوة القاهرة [٤]والحادث الفجائي

وهما تعبيران مختلفان[٥] إلا أنهما يدلان على معنى واحد يقصد به كل أمر لا يمكن توقعه ولا دفعه يقع ويكون السبب في وقوع الضرر[٦] . ويشترط لكي نكون أمام قوه قاهرة لنفي علاقة السببية وقطعها بين الخطأ المنسوب للطبيب والضرر الواقع على المريض أن يتوافر فيها وصفان , الأول عدم إمكانية توقعه من قبل الطبيب , والثاني أن يستحيل عليه دفعه . فإذا انتفى احد هذين الشرطين انتفى وصف القوه القاهرة ولا يستطيع الطبيب الاحتماء وراء أحكامها لنفي مسؤولية المباشر والمتسبب[٧] ويكون الطبيب ملزما بالتعويض . ومحكمة الموضوع هي التي تملك تقدير ما إذا كانت الواقعة تعتبر قوة قاهرة ويكون التقدير موضوعيا ما دامت أسبابه سائغة.

---

[١] مرقس , **الوافي** , مرجع سابق , ص ٤٨٥

[٢] كذلك نص المشرع العراقي في المادة ٢١١ من القانون المدني على فعل الغير

[٣] للتفصيل حول بيان الأسباب الأجنبية انظر : السنهوري , **الوسيط** , ج١ , مرجع سابق , ص ٨٧٦ – ٩٠٣ . الذنون , **المبسوط** , ج٣ , مرجع سابق , ص ٤٧ وما بعدها . السرحان وخاطر , **مصادر الحقوق** , مرجع سابق , ص ٤٤٤ – ٤٥٣ . مرقس , **الوافي** , مرجع سابق , ص ٤٨٦ – ٥٠١ .

[٤] يطلق الفقه الاسلامي على القوه القاهرة تعبير (الآفة السماوية) وقد أوردها المشرع الأردني في نص القانون المدني في المادة ٢٦١ وذلك لتأثر المشرع الأردني بالفقه الاسلامي بعكس المشرع المصري فلم يورد ذلك المصطلح لتأثره بالقانون المدني الفرنسي

[٥] القوه القاهرة حادث يأتي من الخارج ولا يكون متصلا بنشاط المدعى عليه , مثل العاصفة والزلازل , بينما الحادث الفجائي يأتي من الداخل ويكون متصلا بنشاط المدعى عليه , كما في حالة انفجار آلة أو احتراق مادة .

[٦] السنهوري , **الوسيط** , ج١ , مرجع سابق , ص٨٧٦ . النقيب , **النظرية العامة** , مرجع سابق , ص ٣٠٣

[٧] اللهيبي , صالح احمد محمد , **المباشر والمتسبب في المسؤولية التقصيرية** , ط١ , دار الثقافة , عمان , ٢٠٠٤ , ص ١٢٤

وبناء على ما سبق يستطيع الطبيب إثبات أن الضرر قد حدث نتيجة حادث فجائي أثناء عملية تلقيح الأجنة داخل الأنبوب كأن يدفع بان حصول التماس كهربائي للحافظة الموجود فيها الأجنة أدى إلى هلاكها عندها يستحيل إرجاعها إلى رحم الزوجة.

ثانياً : فعل الغير

إذا حصل الضرر بفعل صادر من الغير مباشرة أو تسببا ولم يكن نتيجة فعله لا يسأل المدعى عليه عن هذا الضرر وتنتفي مسؤوليته , إذ يعد فعل الغير حينئذ سببا أجنبيا لفعله وبالتالي يقطع رابطة السببية وينفي المسؤولية . كما لو دفع الطبيب المعالج بالتلقيح الصناعي بان طبيب أخر لجأت إليه الزوجة نتيجة حدوث مضاعفات شعرت بها بعد إجراء عملية التلقيح الصناعي دون علم الطبيب المعالج مما يؤذي هذا الفعل كرامته . ووفقا لأخر تطورات الفقه والقضاء الفرنسي لا يشترط في فعل الغير أن يتصف بالخطأ أو عدم المشروعية , فهذا الفعل سواء أكان مشروعا أم غير مشروع , مبررا أو غير مبرر من شانه أن يقطع علاقة السببية بين فعل الطبيب والضرر الذي أصاب الزوجة وبذلك يعفي الطبيب المعالج من المسؤولية [١].

إن فعل الغير لا يعتبر في ذاته سببا أجنبيا إلا إذا كان ذلك الغير أجنبيا عن المدعى عليه (الطبيب المعالج) وكان فعله خطا كما في فعل المتضرر نفسه[٢] . فان الضرر نفسه الذي يقع بفعل احد الأشخاص الذين يسال المدين قانونا عنهم لا يعد سببا أجنبيا يعفى به الأخير من مسؤوليته , لأنه يعد صادرا عن المدين شخصيا[٣]. لأننا هنا سنكون بصدد مسؤولية الطبيب عن أفعال تابعية ولا يجوز له التنصل من المسؤولية تجاه المضرور , سواء كان الغير من مساعدي هذا الطبيب أو ممن اختارهم بطريقة مباشرة للعمل معه , ومثال ذلك أن الطبيب المعالج يتحمل مسؤولية خطا طاقم التخدير وطاقم مختبر مركز التلقيح الذين اختارهم للعمل معه والقيام بالمهام الطبية .

---

(١) السرحان وخاطر , **مصادر الحقوق** , مرجع سابق , ص ٤٤٨

(٢) مرقس , **الوافي** , ج١ , مرجع سابق , ص ٥٠٠

(٣) منصور , **المسؤولية الطبية** , مرجع سابق , ص ١٢٢

ثالثاً : فعل المتضرر

قد يكون فعل المتضرر (احد الزوجين) هو السبب الوحيد والحقيقي للضرر الذي أصابهما , كما لو قامت الزوجة بعدم إتباع أو إهمال تعليمات الطبيب بعد إجراء عملية التلقيح الصناعي كأن يطلب منها الطبيب الراحة التامة بعد عملية التلقيح الصناعي وعدم ممارسة أي مجهود بدني إلا أن الزوجة قد قامت بإهمال هذه التعليمات مما أدى إلى حدوث مضاعفات أدت إلى حدوث إجهاض . فإذا اثبت الطبيب في دعوى المسؤولية أن المصاب قد تسبب في خطئه في حدوث الضرر الذي أصابه أو في استفحال ذلك الضرر بإهماله , فقد اثبت أن للضرر سببا أجنبيا غير الخطأ الذي وقع منه هو , لان من حقه أن يتوقع أن يسلك المصاب مسلكا سليما لا خطا فيه , وليس له أن يتوقع منه سلوكا خاطئا , فلا يحتاج إلى أن يثبت انه لم يتوقع هذا الخطأ فعلا , ولا انه لم يكن في وسعه تفاديه[١].

فيعد فعل المتضرر من القوة القاهرة إذا تحققت فيها شرائطها بأن كان غير متوقع ولا ممكن الدفع بالنسبة للمدعي عليه , وعندئذ لا يسأل الأخير عن الضرر لان ذلك يؤكد انعدام دوره في إحداث الضرر , ومن ثم يتعين تبرئته دون تردد[٢]. لكن إذا ساهم المتضرر في إحداث الضرر مع خطا الطبيب فان النتيجة ليست إعفاء الطبيب من المسؤولية بشكل كامل , بل تخفيض قيمة التعويض المحكوم به على الطبيب , وهذا ما نص عليه القانون المدني الأردني على انه " يجوز للمحكمة أن تنقص مقدار الضمان أو أن لا تحكم بضمان إذا كان المتضرر قد اشترك بفعله في إحداث الضرر أو زاد فيه "[٣]. وكذلك إذا كان خطا المتضرر هو الذي استغرق المدعي عليه (الطبيب المعالج) انتفت مسؤولية هذا الأخير ويحكم –حينئذ – برفض دعوى التعويض . أما إذا كان خطا المدعى عليه هو الذي استغرق خطا المضرور , التزم المدعي عليه بالضمان كاملا , بحسب أن خطا المضرور لم يساهم في إحداث الضرر لانتفاء علاقة السببية بينه وبين الضرر

وجدير بالذكر إن القضاء الفرنسي يفرق بين فرضيتين بخصوص خطا المضرور على أساس انه إذا استجمع خصائص القوة القاهرة فانه يقطع علاقة السببية , ويعفي الطبيب من

---

[١] مرقس , **الوافي** , ج١ , مرجع سابق , ص ٤٩١

[٢] السرحان وخاطر , **مصادر الحقوق** , مرجع سابق , ص ٤٥١ .

[٣] المادة ٢٦٤ , **القانون المدني الأردني** , مرجع سابق

المسؤولية تماماً , أما إذا لم يستجمع خطأ المضرور خصائص القوة القاهرة بل اقتصر دوره على مجرد المساهمة في وقوع الضرر فان الإعفاء من المسؤولية يكون جزئيا[١].

وأخيرا يمكن القول أن البحث في علاقة السببية وإثباتها وقطعها ضمن دائرة المسؤولية الطبية وخاصة في التلقيح الصناعي هي عملية شاقة وصعبة ومعقدة , لان أساس موضوعها جسم الإنسان والأجنة والبويضات , وهذه عملية محاطة بالكثير من الأسرار والغموض , وكثيرا ما تختلف تطورات التلقيح الصناعي بحيث يصبح أكثر الأطباء خبرة غير قادرين على الحكم على الوضع الصحي للمتضرر , وهذا يؤدي إلى صعوبة كبيرة يعاني منها القاضي ورجال القانون في الحكم على مثل هذه المواضيع , وبالتالي يصعب تتبع أركان المسؤولية الطبية وإثباتها , وبالأخص علاقة السببية .

[١] نقض مدني فرنسي , ١٩ , أكتوبر ١٩٩١ , مشار إليه لدى عبدالحميد , **تعويض الحوادث الطبية** , مرجع سابق , ص ١٤٣

الفصل الثاني

آثار المسؤولية المترتبة على التلقيح الصناعي

نظرا لتطور مهنة الطب وإضطراد الأخطاء الطبية الواقعة على المرضى وازدياد عدد الدعاوي المرفوعة أمام القضاء , فقد عمل الأطباء إلى إبرام اتفاقيات خاصة بينهم وبين المرضى بهدف التهرب من المسؤولية , أو التخفيف منها أو تشديدها , هذا من جهة , أو التأمين على مسؤولياتهم للتعرض للمتضررين (المرضى) أو كل من إصابة ضرر نتيجة الأخطاء الطبية بهدف التهرب من أعباء التعويض المادي الذي يقع على كاهل الأطباء وحلول شركات التأمين مكانهم لدفع مبلغ التعويض في حالة ثبوت مسؤولية الطبيب عن الخطأ وتحقق الضرر.

فإذا توافرت أركان المسؤولية الثلاثة في عملية التلقيح الصناعي باتجاه الطبيب , ولم يستطع المسؤول المدعى عليه إثبات أن الضرر راجع لسبب أجنبي لا يد له فيه , قامت مسؤوليته عن تعويض ما أصاب المدعي (المضرور) من ضرر . فالطبيب ملزم بتعويض المضرور عن كافة الأضرار المادية والمعنوية التي تعرض لها , وبما يغطي هذه الأضرار كاملة وفق مبدأ التعويض الكامل للضرر , فمسؤولية الطبيب لا تعرف نظام التعويض الجزافي, ولا المحدد بسقف أعلى التي تعرفها بعض صور المسؤولية المهنية (١). وهذا يقتضي في الغالب رفع الدعوى أمام القضاء للمطالبة به , حيث يتولى القاضي تقديره وإلزام المسؤول بدفعه.

هذا ما سنتعرف عليه بالتفصيل وحسب الخطة التالية

المبحث الأول : دعوى المسؤولية عن التلقيح الصناعي

المبحث الثاني : الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية المدنية

(١) سرحان , **مسؤولية الطبيب** , مرجع سابق , ص ١٩٠

المبحث الأول

دعوى المسؤولية عن التلقيح الصناعي

تخضع دعوى المسؤولية المدنية للطبيب الناجمة عن التلقيح الصناعي للأحكام العامة في المسؤولية المدنية , شانها بذلك شان أية دعوى مدنية أخرى . فالقواعد العامة في المسؤولية المدنية لم تفرق بين طبيب أو غيره , لكي نقول بقيام المسؤولية من عدمها , فمتى تحققت أركان المسؤولية من خطأ (إضرار) وضرر وعلاقة سببية بين الخطأ(الإضرار) والضرر تحركت معها دعوى المسؤولية المدنية[١], وبالتالي جاز للمضرور أن يمارس حقه في التعويض بموجب دعوى يرفعها أمام القضاء , فإذا طلب المضرور من القاضي الحكم له بالتعويض , تولى القاضي تقديره بموجب المبادئ المقررة لذلك وحدد مداه والطريقة التي يتم بموجبها[٢]. فللمضرور الحق في إقامة دعوى مدنية أمام المحاكم المختصة , أو من خلال الادعاء بالحق المدني أمام القضاء الجزائي في الحالات التي يشكل فيها الخطأ الطبي جريمة , وتعرف دعوى التعويض بأنها " الوسيلة القضائية التي يستطيع المضرور عن طريقها الحصول على التعويض من المسؤول عن تعويض الضرر الذي أصابه إذا لم يسلم به المضرور اتفاقا , وتسمى أيضا دعوى المسؤولية المدنية "[٣]. ويختلف أساس الدعوى فيما كانت جزائية أم مدنية , فالجزائية يتعلق بالجزاء المطلوب توقيعه على الجاني إذا كان الفعل يشكل جريمة وفقاً لقانون العقوبات , أما المدنية فموضوعها يتعلق بالضمان " التعويض الذي يطلب به المضرور جبرا لما لحقه من ضرر .

في ضوء ما تقدم سأقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين هما:

المطلب الأول : أطراف الدعوى في دعوى المسؤولية عن التلقيح الصناعي

المطلب الثاني : التعويض عن المسؤولية المترتبة عن التلقيح الصناعي

---

[١] سوار ,محمد وحيد الدين , **النظرية العامة للالتزام** , ط٨ , ج٢ , مطبعة جامعة دمشق , دمشق , ١٩٩٦ , ص١٩٧

[٢] السرحان وخاطر , **مصادر الحقوق** , مرجع سابق , ص ٤٥٣

[٣] مرقس , **الوافي** , ج١ , مرجع سابق , ص ٥٦٩

المطلب الأول

أطراف الدعوى في دعوى المسؤولية عن التلقيح الصناعي

الدعوى لغة هي الادعاء , وهي في الاصطلاح القانوني للأصول ادعاء قانوني لدى القضاء ومعروض أمامه[١]. أما المشرع الأردني فلم يضع تعريفا للدعوى لتصوره أنها مسألة يضطلع بها الفقه , فقد عرفها جمهور الفقهاء بأنها " الوسيلة التي خولها القانون صاحب الحق في الالتجاء إلى القضاء لتقرير حقه أو حمايته "[٢]. أما مجلة الأحكام العدلية فقد عرفتها المادة ١٦١٣ بأنها " طلب احد حقه بحضور الحاكم ويقال للطالب المدعي والمطلوب المدعي عليه"[٣]. وبهذا التعريف أخذت محكمة التمييز الأردنية بقولها " إن المقصود بالدعوى بتعريفها القانوني وهو طلب احد حقه من آخر في حضور الحاكم المنصب من قبل السلطات لفصل المخاصمة بين الناس كما هو صريح المادتين ١٦١٣-١٧٨٥ من المجلة "[٤].

والمصلحة بخصائصها المختلفة هي الشرط العام الوحيد لقبول الدعوى وهو ما استقر عليه الفقه والتشريع والقضاء . فنصت المادة ٣ من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني على انه " ١- لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون ٢ - تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الإستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه "[٥]. وقضت محكمة التمييز الأردنية بأنه " تعتبر المصلحة هي مناط الدعوى عملاً بأحكام المادة الثالثة من قانون أصول المحاكمات المدنية ، فإن

---

[١] الزعبي , عوض احمد , **أصول المحاكمات المدنية** , ط٢ , ج٢ , دار وائل للنشر , عمان , ٢٠٠٦ , ص ٣٨٢

[٢] القضاة , مفلح عواد , **أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي في الأردن** , ط٢ , دار الثقافة للنشر والتوزيع , عمان , ١٩٩٢ , ص ١٦٨.

[٣] المادة ١٦١٣ , **مجلة الأحكام العدلية** , مرجع سابق

[٤] تمييز حقوق رقم ١٩٩٧/٢٠٣٧ تاريخ ١٩٩٧/١٢/١٥ , **المجلة القضائية** , ع ٦ , ١٩٩٧ , ص ٢٣٠.

[٥] قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨والقانون المعدل رقم ١٤ لسنة ٢٠٠١ المنشور على الصفحة ١٢٥٢ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٤٨٠ الصادر بتاريخ ٢٠٠١/٠٣/١٨م.

المدعي والحالة هذه لا ينتصب خصماً للمدعى عليها في هذه الدعوى، وتكون دعواه حقيقة بالرد لعدم صحة الخصومة "[١].

وهكذا يتضح أن دعوى المسؤولية الطبية سواء كانت مقامه على أساس المسؤولية التقصيريّة أو على أساس المسؤولية العقدية , فان لها طرفين هما : المدعي الذي يدعي حصول ضرر له من جراء التدخل الطبي , والمسؤول الذي يثبت انه الحق الضرر بالمضرور نتيجة الخطأ الذي وقع منه , وعليه فأطراف دعوى المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي الناجم عن التلقيح الصناعي , هما المدعي (المضرور) والمدعى عليه (المسؤول عن الضرر) وهذا ما سأبحثه تباعا .

أولاً : المدعي (المضرور)

هو المضرور الذي يباشر حقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه , سواء كان الضرر إصابة مباشرة (كالمريض) , أو ارتد عليه من ضرر أصاب غيره (أقارب المريض)[٢]. وعليه يجب أن يثبت المدعي انه صاحب الحق الذي وقع الضرر مساسا به , سواء كان هذا الضرر ماديا أو معنويا , وعلى المضرور إثبات أهليته للتقاضي فإذا انتفت يجوز مباشرة هذا الحق نيابة عنه من نائبه القانوني . ونائب المضرور إذا كان قاصرا هو وليه أو وصية وإذا كان محجورا هو القيم , وإذا كان رشيدا فنائبه هو الوكيل[٣]. فمن الطبيعي أن يكون المدعي في دعوى المسؤولية المدنية للطبيب هو المريض (المضرور) الذي أصابه ضرر نتيجة العمل الطبي الخاطئ, فالمريض المتضرر يثبت له هذا الحق أولا سواء أكان هذا الضرر ماديا

---

[١] تمييز حقوق رقم ٢٠٠٢/٣٦٣ تاريخ ٢٠٠٢/٢/١٨ , **منشورات مركز عدالة** , مرجع سابق . كذلك تمييز حقوق رقم ٣٣٥ /٩٦ تاريخ ١٩٩٦/٤/٤ , **مجلة نقابة المحامين** لسنة ١٩٩٧ , ص ١٩٣٤ وجاء فيه " المصلحة مناط الدعوى وشرط لقبولها ولا يقبل طعن من غير ذي مصلحة وغير محكوم عليه وفقا للمادتين ٣ و ١٦٩ من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ وعليه وبما أن المميز لم يكن له أية مصلحة في تقديم الاستئناف ضد قرار محكمة البداية ما دام أن الدعوى قد ردت عنه ولم يلزمه قرار البداية بأي مبلغ فيكون بالتالي قرار محكمة الاستئناف برد استئنافه صحيحا ومتفقا وأحكام القانون.

[٢] مرقس , **الوافي** , ج١, مرجع سابق , ص ٥٧٠

[٣] السنهوري , **الوسيط** , ج١ , مرجع سابق , ص٩١٨

أم معنويا[١] , وقد يطالب المدعي (المريض) بالتعويض عما أصابه من ضرر ويرفـــع دعـــوى وأثناء نظر هذه الدعوى يتوفى .

وهنا يثور التساؤل من له حق المطالبة بالتعويض ؟ وهل للورثة الحـــق فـــي ذلـــك ؟ للإجابة على ذلك فان الأمر يقتضي أن نتناول المسائل التالية :

١. المطالبة بالتعويض عن الضرر المورث

إذا توفي المريض (المضرور) فان الحق بالمطالبة بالتعويض ينتقل إلى خلفه , ســواء كان هذا الخلف عاما أو خاصا . وهؤلاء هم الوارث والدائن والمحال له[٢] , ويتم ذلـــك علـــى النحو التالي :.

أ- ورثة المضرور

الورثة لهم الحق بمطالبة المسؤول عن الضرر بما كان لمورثهم من حق بـــالتعويض , دخل في ذمة مورثهم المالية قبل موته , وانتقل لهم هذا الحق بسبب الميراث . ويستوي في ذلك أن يكون قد رفع المورث دعواه للمطالبة بهذا الحق أو لم يرفع متى كان هذا الضرر ماديـــا أم جسميا , سواء اتفق المورث مع المسؤول عن إحداث الضرر أم لم يتفق , ويشترط أن يكون هذا الحق بالتعويض عن الضرر المادي أو الجسمي انه نشأ فعلا ودخل في ذمة المورث قبل وفاته , وينتقل هذا الحق بما يلابسه من صفات ودفوع على أن لا يؤول هذا الحق للورثة إلا بعد ســـداد ديون تركة المورث أو ما تعلق بالوصية الشرعية [٣]. فالورثة يرفعـــون أو يكملـــون دعـــوى مورثهم التي باشرها قبل وفاته بقصد الحصول على التعويض عن الـــضرر الشخـــصي الـــذي أصابه , هذا الحق يكون الورثة قد وجدوه في تركة مورثهم كضمان لحقه في التعـــويض عـــن الضرر الذي أصابه , وانتقل لهم كعنصر من عناصر التركة [٤]. وهنا يجب التمييز بين الضرر المادي والضرر المعنوي الذي يستطيع الورثة المطالبة بالتعويض عنه

---

[١] الحياري , **المسؤولية المدنية** , مرجع سابق , ص ١٥٢

[٢] السنهوري , **الوسيط** , ج١ , مرجع سابق , ص ٩١٨

[٣] الحياري , **المسؤولية المدنية** , مرجع سابق , ص ١٥٣

[٤] السرحان وخاطر , **مصادر الحقوق** , مرجع سابق , ص ٤٥٤

ففي هذا الصدد نجد أن القانون الأردني ينص على أن الانتقال للحق في التعويض إلى ورثة المضرور المتوفى إنما يكون عن الضرر المادي فقط , أما التعويض عن الضرر الأدبي فلا ينتقل إلى الورثة إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم قضائي نهائي , فللورثة الحق بالمطالبة بالتعويض كل بقدر نصيبه من الميراث عن الأضرار المادية التي أصابت مورثهم كنفقات العلاج , إلا إنهم لا يستطيعوا المطالبة بالتعويض عن الأضرار المعنوية لان هذه الأضرار تتوقف بمجرد وفاة المورث المضرور , إلا إذا كان المورث قد اتفق مع محدث الضرر على التعويض وتم تحديد مقداره أو كان المورث نفسه قد طالب بالتعويض عنه أمام القضاء وصدر له حكم نهائي بالتعويض من المحكمة المختصة . وهذا ما اخذ به القانون المدني الأردني[١].

ب- دائنوا المضرور

لدائني المضرور الحق بمطالبة المسؤول عن الضرر الذي أصاب المدين وفق أحكام الدعوى غير المباشرة المنصوص عليها في القانون المدني الأردني إذا توافرت شروطها[٢]. ولكن يقتصر المطالبة على طلب التعويض عن الضرر المادي الذي أصاب المدين , أما الضرر المعنوي فالإجماع الفقهي والقضائي منعقد على أن طلب التعويض عنه حقا شخصيا مطلقا للمدين المضرور[٣].

---

[١] المادة ٣/٢٦٧ , **القانون المدني الأردني** , مرجع سابق . وتنص على انه " لا ينتقل الضمان عن الضرر الأدبي إلى الغير إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم قضائي نهائي" . تقابلها المادة ٢٢٢ مصري , ٢٠٥ عراقي .

[٢] المادة ٣٦٦ , **القانون المدني الأردني** , مرجع سابق والتي تنص

١. لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يباشر باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز.

٢. ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا اثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وان إهماله من شأنه أن يؤدي إلى إعساره ويجب إدخال المدين في الدعوى.

[٣] السرحان وخاطر , **مصادر الحقوق** , مرجع سابق , ص ٤٥٦

ج – المحال له

للغير حق مطالبة المسؤول عن الضرر الذي أصيب به المضرور بموجب قواعد حوالة الحق أو قواعد الحلول . كما لو تولت شركة التأمين دفع التعويض الذي يستحقه المضرور مباشرة منها , فإنها تحل محله في الرجوع على محدث الضرر بما دفعته . ويتحقق ذلك في التامين من الأضرار دون الأشخاص , وقد بينت المادة ٩٢٦ من القانون المدني الأردني هذا الأساس عندما نصت على انه " يجوز للمؤمن أن يحل محل المؤمن له بما دفعه من ضمان عن ضرر في الدعاوى التي تكون للمؤمن له قبل من تسبب في الضرر الذي نجمت عنه مسؤولية المؤمن ......" وهذا ما تؤكد عليه محكمة التمييز في العديد من اجتهاداتها[١].

٢. المطالبة بالتعويض عن الضرر المرتد

القانون الأردني اقر التعويض عن الضرر المرتد بشقيه المادي والأدبي كما جاء في نص المادة ٢٧٤ والمادة ٢/٢٦٧ من القانون المدني . إلا انه ميز بين مستحقي التعويض في كل من نوعي الضرر[٢]. إلا انه وبالرجوع إلى المادتين السالفة الذكر فانه يحق لأهل المضرور (المريض) المتوفى دعوى أخرى – مستقلة عن دعوى المضرور – يمارسونها بصفتهم الشخصية يطالبون بها بالتعويض المادي والأدبي عن الضرر الشخصي المرتد أو المنعكس الذي أصابهم من وفاة قريبهم , فللوارث في هذه الحالة دعويان , دعوى باعتباره خلفا عاما للمضرور ويمكنه الحصول على التعويض من خلال دعوى الاستخلاف , ودعوى شخصية تتمثل في

---

[١] تمييز حقوق رقم ١٩٩٠/٨٢٣ تاريخ ١٩٩١/١/٢٧ , **منشورات مركز عدالة** , مرجع سابق . وجاء فيه " تحل شركة التأمين محل المؤمن له بما دفعته من ضمان عملا بنص المادة ٩٢٦ من القانون المدني وعليه فلا تعتبر المطالبة في هذه الحالة ناشئة عن عقد التأمين وبالتالي فلا يطبق عليها التقادم القصير المنصوص عليه في المادة ٩٣٢ من القانون المدني ". كذلك تمييز حقوق رقم ١٩٨١/٢٤٠ تاريخ ١٩٨١/٥/٢٠ , **منشورات مركز عدالة** , مرجع سابق . وجاء فيه " من حق شركة التأمين أن تحل محل المؤمن له في مطالبة من تسبب بالضرر بما دفعته من ضمان عملا بالمادة ٩٢٦ من القانون المدني ولا يحتاج هذا الحلول إلى إنابة " . كذلك تمييز حقوق رقم ١٩٩٨/٢٤٠٨ تاريخ ١٩٩٩/٥/١٨ , **منشورات مركز عدالة** , مرجع سابق . وجاء فيه " طالما ثبت أن شركة التأمين المدعية قد دفعت قيمة الضرر الذي لحق بالبضاعة الى صاحبها تنفيذا لالتزاماتها العقدية ، فان من حقها الحلول محل صاحب البضاعة في مطالبة الجهة المتسببة في حدوث هذا الضرر بالمبلغ المدفوع من قبلها ".

[٢] أبو عرابي , غازي , **مدى تغطية التأمين الإجباري للأضرار الجسدية الناشئة عن حوادث السيارات في القانونين الأردني والإماراتي** , مجلة الشريعة والقانون , ع ٣٦ , تشرين أول , ٢٠٠٨ , ص ٢٠٣

الأضرار التي أصابته باعتباره أصيلا (الضرر المرتد) وفي الحالة الأخيرة فان مبلغ التعويض المحكوم به للوريث يكون ملكا له بصفه شخصية فلا يعتبر تركه . ولا ترتبط الدعوى بالورثة فقط , فقد يرفعها شخص ليس بوارث من المتوفى متى اثبت انه أصيب بضرر معنوي أو مادي(١). فكل من أصابه ضرر مرتد وناتج عن الضرر الأصلي وأقام الدليل على تضرره , الحق بالمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه شخصيا . ويعتبر التعويض ذا طبيعة خاصة تستوجب أن يقدر لمن يطلبه بشكل منفصل عن باقي الورثة بحيث يتم تقديره على أسس واقعية وموضوعية وذلك لان مستحقي التعويض من أسرة المتوفى وأقاربه مختلفون من حيث درجة القرابة ودرجة اعتمادهم في معيشتهم أو تأهيلهم ودراستهم على ما كان يقدمه لهم المتوفى ، كما أنهم مختلفون في ظروفهم المادية وأحوالهم الاجتماعية والصحية(٢).

وفي الضرر الأدبي المرتد , نلاحظ أن المشرع الأردني في المادة ٢/٢٦٧ لم يحدد الأشخاص الذين يجوز لهم المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي المرتد بالأقارب بدرجة قرابتهم بالمتوفى , إلا انه حصر الحق بالتعويض للأزواج والأقارب من الأسرة , فالأزواج لا تثير صعوبة إلا أن لفظ الأقربين يثيرها . أما القضاء الأردني قد توسع في دائرة الحكم بالتعويض للأزواج والأقارب عن الضرر الأدبي الذي أصابهم بسبب وفاة قريبهم , بحيث يشمل ذلك مما يشعرون به من الآلام النفسية والمعانة نتيجة لذلك(٣). فهو يحيط مشاعر أقارب المتوفى بالرعاية والاهتمام في وقت يغض بصره وبصيرته عن الآلام التي يعاني منها المضرور المباشر نفسه نتيجة الإصابة التي تعرض لها(٤).

---

(١) السرحان وخاطر , **مصادر الحقوق** , مرجع سابق , ص ٤٥٧

(٢) تمييز حقوق رقم ٢٠٠٢/١٢٥٩ تاريخ ٢٠٠٢/٥/٢٣ , **منشورات مركز عدالة** , مرجع سابق

(٣) تمييز حقوق رقم ٢٠٠٦/٣٨٣٤ تاريخ ٢٠٠٧/٤/٢ , **منشورات مركز عدالة** , مرجع سابق . وجاء فيه " يعتبر أشقاء وشقيقات المرحوم من أقاربه ولو لم يكونوا من ورثته وبالتالي فإنه يحكم لهم بالتعويض عن الضرر المعنوي والأدبي ، الذي أصابهم نتيجة فقد شقيقهم وهم مشمولون بحكم المادة ٢٦٧ من القانون المدني" . كذلك تمييز حقوق رقم ٢٠٠٦/٢١٣١ تاريخ ٢٠٠٦/٦/١٨ , **منشورات مركز عدالة** , مرجع سابق . وجاء فيه " إذا كان المدعيان هما والد ووالدة المتوفى نضال وأن وفاة نضال البالغ من العمر ٢٤ عاماً والمعيل لوالديه قد ترك في نفس والديه أثراً نفسياً عميقاً من الحزن واللوعة على ابنهما الشاب المتوفى وما كانوا يكنون للمتوفى من عواطف الحب وما أصابهما من حزن وفجيعة لذلك فإن الحكم للمدعيين ببدل الضرر المعنوي يتفق ومفهوم أحكام المادة ٢٦٧ من القانون المدني وما استقر عليه اجتهاد محكمة التمييز"

(٤) أبو عرابي , **مدى تغطية التأمين** , مرجع سابق , ص ٢٠٨

ويشترط لتحقق الضرر المرتد ثلاثة شروط خاصة وهي؛ أن يصيب كلا من المتضرر المباشر والمتضرر بالارتداد , وان تكون هناك رابطة بين الأول والثاني ؛ كرابطة القربى , الوراثة , العمل والمودة , أو أن يكون المتضرر بالارتداد معالا من قبل المتضرر المباشر وحرم من الإعالة بسبب ذلك الفعل الضار , والشرط الأخير أن تكون هناك علاقة سببيه بين الفعل الضار والضرر المرتد. وينبغي فوق ذلك كله أن تتوافر في الضرر المرتد الشروط التي يجب توافرها في الضرر بصوره عامة والتي بدونها لا تتحقق مسؤولية الفاعل والتزامه بالتعويض[١].

فإذا كان للمريض حق التنازل عن التعويض عن الضرر الذي أصابه قبل الوفاة إلا انه ينشا بعد وفاته حقوق أخرى شخصية تتعلق مباشرة بالمتضررين , وهذه الحقوق مستقلة تماما عن حقوق المريض المتنازل عنها , وان تنازله عن حقه الشخصي لا يعني أن يشمل هذا التنازل حق الخلف ولا يتجاوزه إلى حقوق الغير[٢]. ومن أمثلة الضرر المرتد , الضرر الذي يصيب الزوجة نتيجة فقد زوجها لقدرته الجنسية[٣].

ولا يتصور في المسؤولية الطبية أن يكون المضرور غير الشخص الطبيعي بان يكون شخصا معنويا , حيث أن الأضرار التي تنشا بسبب الخطأ الطبي هي أضرار جسدية لا تصيب إلا الإنسان , وبحكم طبيعة المهنة فإنها لا تتعامل إلا مع البشر الأمر الذي يترتب على ذلك أن الضرر الناشئ عن الخطأ الطبي لا يمكن إلا أن يصيب شخصا طبيعيا لا معنويا لذلك لا يحق للشخص المعنوي المطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج عن الخطأ في التلقيح الصناعي حتى ولو كان الشخص المتضرر فردا من الأفراد الداخلة في تكوين الشخص المعنوي .

ثانيا : المدعى عليه (المسؤول عن الضرر)

هو الشخص المسؤول عن الضرر المطلوب تعويضه , أي الشخص الذي وقع منه الفعل الضار بأركانه الثلاثة , فيكون الشخص ملزما بالتعويض وينشا هذا الالتزام في ذمته , ويوجد من بعد وفاته في ذمته , فيلزم سداده من قيل أيلولتها إلى ورثته , وإذا قبل الورثة التركة مع

---

[١] جبر , عزيز كاظم , **الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية** , ط١ , دار الثقافة , عمان , ١٩٩٨م , ص ٢٦ وما بعدها

[٢] التونجي , **المسؤولية المدنية** , مرجع سابق , ص ١٧٤

[٣] استئناف باريس الصادر في ١٩٥٦/٩/١٦ , مشار إليه , الحياري , **المسؤولية المدنية** , مرجع سابق , ص ١٥٥

التعهد بسداد ديونها , ينقسم بينهم هذا الالتزام بالتعويض بنسبة أنصبتهم في التركة حسب الفريضة الشرعية[١].

وعليه يكون الطبيب القائم على عملية التلقيح الصناعي هو المسؤول المباشر عن إحداث الضرر الذي أصاب المريض المضرور (المدعي).

أما إذا تعدد المسئولين عن الفعل الضار , يكونوا جميعا متضامنين في الالتزام بتعويض الضرر , وهذا استثناء على الأصل , ويعين القاضي نصيب كل منهم في إحداث الضرر, وهذا ليس إلا تطبيقاً للمادة (٢٦٥) من القانون المدني الأردني والتي تنص على انه " إذا تعدد المسئولون عن فعل ضار ، كان كل منهم مسئولا بنسبة نصيبه فيه وللمحكمة أن تقضي بالتساوي أو بالتضامن والتكافل فيما بينهم "[٢]. فالواضح من ذلك أن المشرع الأردني اعتبر من حيث المبدأ مسؤولية كل من ساهم بإحداث الضرر كل بنسبة نصيبه أمر وجوبي , أما التضامن فيما بينهم فجعله أمرا جوازيا للقاضي بما له من سلطة تقديرية وفي ضوء ملابسات كل حاله , انطلاقا من تأثره بأحكام الشريعة الإسلامية ونص المادة ٢٥٦ من القانون المدني[٣].

أما مسؤولية الشخص المعنوي وهو هنا مركز التلقيح أو الإنجاب الصناعي الذي يتمتع بأهلية قانونية وأهلية تقاضي كالشخص الطبيعي , فانه يترتب عليه حقوق ويقع عليه التزامات , وبالتالي يكون المركز خاضع لقواعد المسؤولية المدنية سالفة الذكر , فتقام عليه المسؤولية بذاته وليس ممثلوه , وممثلوه ما هم إلا أعضاؤه يعمل بواسطتهم ويمثلونه أمام القضاء . وقد تقام الدعوى على مركز التلقيح الصناعي باعتباره شخص معنوي وممثلوه بصفتهم أفرادا , فيسال مركز التلقيح عن الخطأ المرتكب من قبلهم الذي سبب ضررا للمضرور , فيكون المركز والممثلون متضامنين جميعا في المسؤولية .

خلاصة القول انه , إذا قام مركز التلقيح الصناعي بدفع التعويض للمتضرر (المريض) , فان للأول الحق بالعودة على من اخطأ من ممثليه (الأطباء) كل بحسب خطئه أو بكل ما دفع . كما قد تتحقق مسؤولية المركز إذا كان متبوعا إذا ارتكب احد الأطباء خطأ وكان تابعا للمركز.

---

(١) مرقس , **الوافي** , ج٢ , مرجع سابق , ص ٥١٢

(٢) المادة ٢٦٥ , **القانون المدني الأردني** , مرجع سابق . تقابلها المادة ١٦٩ مدني مصري

(٣) الحياري , **المسؤولية المدنية** , مرجع سابق , هامش ص ١٥٦

المطلب الثاني

التعويض عن المسؤولية المترتبة على التلقيح الصناعي

من المعروف إن الفعل الضار مصدر من مصادر الالتزام , وعلى هذا الأساس , فان تحقق قيامه يفسح المجال أمام إمكانية إلزام المسؤول بإصلاح الأضرار التي سببها للغير, وإصلاح تلك الأضرار إنما يتم بالتعويض عنها .

وهكذا فان التعويض يعد وسيلة لإزالة الضرر أو التخفيف منه وهو الجزاء العام عند ثبوت المسؤولية المدنية ، وهو ليس عقابًا على المسؤول على الفعل الضار، إذا ما ثبت مسؤولية المدعى عليه عما لحق المدعي من الضرر، فإنه يتعين على القاضي إلزام المسؤول بما يعوض المضرور, ويجبر الضرر الذي لحق به , هذا هو المعنى الذي ذهبت إليه المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني التي تؤكد على أن " كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر"[١].

فالخطأ الناتج عن إهمال الطبيب الذي أجرى عملية التلقيح الصناعي للزوجين وتسبب بخطئه إجهاض الزوجة وفقد الجنين يكون الطبيب أمام أمرين إما التعويض النقدي وإما إعادة الحال إلى ما كان عليه وهو أن يقوم بعملية تلقيح صناعي أخرى للزوجة على نفقته الخاصة وهذا أمر يخضع لتقدير القاضي في طريقة التعويض مسترشداً برأي الخبير في هذا المجال والذي غالباً ما يكون طبيباً . فلقد أشارت المادة ٢/٢٦٩ من القانون المدني[٢] إلى طرق التعويض والتي جاء فيها " ويقدر الضمان بالنقد على انه يجوز للمحكمة تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور أن تأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن تحكم بأداء أمر معين متصل بالفعل الضار وذلك على سبيل التضمين " . والتي يستنتج منها إن التعويض في القانون الأردني إما أن يكون عينيا وإما أن يكون نقديا . فنتناول طريقتي التعويض ثم كيفية تقدير مقدار التعويض في حالة خطأ الطبيب الناجم عن التلقيح الصناعي وذلك على النحو التالي:

---

(١) المادة ٢٥٦ , **القانون المدني الأردني** , مرجع سابق

(٢) المادة ٢/٢٦٩ , **القانون المدني الأردني** , مرجع سابق

أولا : طرق التعويض (الضمان)

لا شك أن القضاء بما له من خبرة وما يتمتع به من سلطة تقديرية , يعتبر الجهة القادرة على تعيين طريقة التعويض المناسبة لجبر الضرر الحاصل من المدعى عليه , وهذا ما جعل التشريعات المختلفة تتبنى هذه الفكرة وتنص عليها صراحة في نصوصها , وذلك تجنبا للإشكالات العديدة التي يمكن أن تحصل لو أن المشرع قد نص على إلزام القاضي بإتباع طريقة دون غيرها فيما يتعلق بكل نوع من أنواع الضرر. فبالرغم من أن ذلك يعد أمراً عسيراً بل يبدو مستحيلا , لان الأضرار التي يمكن أن تقع في الحياة العملية لا حصر لها وليس بإمكان أي مشرع أن يحيط بها إحاطة تامة , فان ذلك وعلى افتراض حصوله لا يحقق العدالة في كل الأحوال لان الأمر يختلف من حالة إلى أخرى[١]. فقد أشرت سابقا إلى أن طرق التعويض في القانون الأردني إما أن يكون عينيا أو نقديا وهذا ما سأتناوله بالتفصيل على النحو التالي:

١- التعويض العيني :

يُعرّف التعويض العيني " La Reparation en Nature " بأنه الحكم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل أن يرتكب المسؤول الخطأ الذي أدى إلى وقوع الضرر. والتعويض العيني بهذا المعنى يُعد أفضل من التعويض النقدي ذلك انه يؤدي إلى محو الضرر وإزالته بدلاً من بقاء الضرر على حاله وإعطاء المتضرر مبلغاً من المال عوضاً عنه كما هو الحال في التعويض النقدي[٢]. بعبارة أخرى انه يحقق للمتضرر ترضية من جنس ما أصابه من ضرر وذلك بطريقة مباشرة أي من غير الحكم له بمبلغ من النقود . بهدف إزالة الضرر عينا . أي إزالة المخالفة. والأصل هو تنفيذ الالتزام عينيا أن كان ممكنا , لأنه يعني محو الضرر تماما ووضع المضرور في نفس الحالة التي كانت عليها قبل وقوعه .,ولا يحكم به القاضي إلا إذا طلبه المضرور أو تقدم به المسؤول ومع ذلك يبقى مسالة جوازيه تخضع لسلطة القاضي التقديرية حسب كل حالة

---

(١) جبر , **الضرر المرتد** , مرجع سابق , ص١٤٩

(٢) يقول الأستاذ السنهوري في ذلك " لا يبقى من الإخلال أو العمل غير المشروع سوى الذكرى " . **الوسيط** , ج١ , مرجع سابق , ص ٩٦٦ . وانظر في تبني هذا التعريف كلا من مرقس , **الوافي** , ج٢, مرجع سابق , ص ٥٢٧ . النقيب ,**النظرية العامة** , مرجع سابق , ص ٣٨٤ . العامري , **تعويض الضرر** , مرجع سابق , ص ١٤٩ . وانظر المعنى نفسه في الفقه الفرنسي :

Mazeaud , Henri et Léon , **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle** . 6e edition , LGDJ / Montchrestien , Paris , 1998 , n2302

على حده وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٢/٢٦٩ من القانون المدني التـــي جـــاء فيهـــا " والقاضي ملزم بالحكم بالتعويض العيني إذا كان ذلك ممكنًا [١].

ويلاحظ أن التعويض العيني أكثر ما يقع في الالتزامات التعاقدية ، ويمكن أن يحكم بـــه في بعض حالات المسؤولية التقصيريّة , ومع ذلك فان نطاقه محدود , لأنه لا يكون ممكنًا إلا حين يتخذ الخطأ الذي أقدم عليه المدين صورة القيام بعمل يمكن إزالته [٢]. وينحصر التعويض العيني في تعويض الأضرار التي تصيب المتضرر المباشر, ويكون مناسبا في حالات الضرر المـــادي أكثر من الضرر الأدبي حيث تستعصي طبيعة الأخير على هذا النوع من التعـــويض فتجعلـــه متعذرا[٣]. فالطبيب الذي يخطئ في إجراء عملية التلقيح الصناعي ، وينتج عن خطئه إجهاضـــا للزوجة ، فالقاضي يستطيع إلزام الطبيب بإجراء عملية تلقيح جديدة للزوجة . وقد أجاز القانون المدني الأردني في المادة ٢/٢٦٩[٤] للقاضي إلزام المدين وهو هنا الطبيب المعالج القيام بعمـــل ايجابي أي إعادة إجراء عملية تلقيح صناعي للزوجة. وهذا ما أيدته محكمة التمييـــز الأردنيـــة بقرار لها جاء فيه " يسال الطبيب عن إلحاقه تشويها في وجه المجني عليها ويلزم بتكاليف عملية التجميل لإعادة الحال إلى ما كان عليه إضافة إلى ما حكمت به المحكمة من تعـــويض عمـــلا بالمادتين ٢٦٦ و ٢٧٤ من القانون المدني"[٥]. وذلك على عكس ما جاء فـــي احـــد اجتهـــادات محكمة النقض الفرنسية بان القاضي لا يستطيع أن يفرض على المدين عملا ايجابيا[٦].

---

[١] تمييز حقوق رقم ٢٠٠١/١٨٤١ تاريخ ٢٠٠١/٩/١٧ , **منشورات مركز عدالة** , مرجع سابق . وجاء فـــي القرار " من المقرر قانونا أن الأصل هو تنفيذ الالتزام عينا ، ولا يصار إلى عوضه – وهـــو التنفيـــذ بطريـــق التعويض – إلا إذا استحال التنفيذ العيني أو كان مرهقا للمدين ، وان امتناع المدين عن تنفيذ التزامه يعد في حد ذاته خطأ موجب للمسؤولية تجاه الدائن . كذلك تمييز حقوق رقم ٢٠٠٠/٢٠٩٣ تاريخ ٢٠٠١/٤/٣ , **منشورات مركز عدالة** , مرجع سابق . وجاء فيه " أن الأصل هو التنفيذ العيني لإزالة الضرر وإعادة الحال إلى ما كـــان عليه ، وهذا ما طالب به المدعي بلائحة دعواه حصرا , وحيث انه لا يجوز التخيير بالأحكام ، فيكون ما قضى به القرار المميز من تكاليف إزالة الضرر في غير محله ومتعينا نقضه".

[٢] الحياري , **المسؤولية المدنية** , مرجع سابق , ص ١٦٢

[٣] جبر , **الضرر المرتد** , مرجع سابق , ص ١٥٤

[٤] المادة ٢٦٩ , **القانون المدني الأردني** , مرجع سابق . تقابلها المادة ١٧٢ من القانون المـــدني مـــصري , المادة ١٧١ من القانون المدني السوري

[٥] تمييز حقوق ١٩٩٥/٤٢٤ تاريخ ١٩٩٥/٤/٢٠ , **مجلة نقابة المحامين الأردنيين** , ١٩٩٥ , ص ٢٦٨٩ .

[٦] مشار إليه : الحياري , **المسؤولية المدنية** , مرجع سابق , ص ١٦٣

فالتعويض العيني جائز وسائغ في كل الصور إلا أن هناك شروط يجب تحققها وإلا تحول دون الحكم بالتعويض العيني فيصار إلى التعويض بمقابل نقدي . فمن المؤكد انه في حالات الضرر الجسماني أو الأدبي , يصبح من غير الممكن اللجوء إلى التعويض العيني نظرا للناحية الإنسانية , فيكون التعويض النقدي هو الأولى ومثالها أن ينتج عن عملية سحب البويضات من الزوجة تهتك في الرحم أو قطع قنوات الإباضة , فالتعويض العيني في هذه الحالة أمر غير ممكن .

والواضح مما تقدم أن الشرط الجوهري للتعويض العيني أن يكون ممكنا , فإذا أصبح هناك استحالة نسبية بالنسبة للمدين (الطبيب المعالج) للقيام بإجراء عملية التلقيح بنفسه , كما لو أن مرضا مفاجئاً الم به , وأصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً بالنسبة له وهو القيام بالعملية , أو مرهقاً للطبيب , فان القاضي لا يحكم بالتعويض العيني .

ونلاحظ في هذا الصدد أن غالبية الفقه لا يميز بين التعويض العيني والتنفيذ العيني , وعلى العكس من ذلك نجد أن الأستاذ السنهوري قد فرق بينهما مؤكدا أن التنفيذ العيني يكون قبل وقوع الإخلال بالالتزام , أما التعويض العيني يكون بعد وقوع الإخلال بالالتزام وإزالة المخالفة تكون بالتعويض العيني[١].

ويرى الباحث بان التعويض العيني يختلف عن التنفيذ العيني , فالتعويض العيني يكون عادة عن طريق الحكم به من قبل القاضي بحيث يرفع الشخص المضرور دعوى للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به , وإذا توافرت أركان المسؤولية المدنية وطلبه المضرور وكان التعويض العيني ممكنا فان القاضي يحكم به , أما التنفيذ العيني يكون قبل تحقق جميع أركان المسؤولية المدنية .

---

[١] السنهوري , **الوسيط** , ج٢ , مرجع سابق , ص ٧٩٨

٢ – التعويض بمقابل

لقد بينت سابقا أن الأصل هو التعويض العيني وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر متى كان ذلك ممكنا , وللقاضي أن يحكم بذلك بناءً على طلب المضرور , ونظرا لان التعويض العيني أمرا عسيرا في مجال المسؤولية الطبية بشكل عام وفي التلقيح الصناعي بشكل خاص , لذلك فان القاضي غالبا ما يحكم بالتعويض بمقابل , وبصفة خاصة على شكل نقدي . فالتعويض النقدي هو الملجأ الأخير والوحيد لجبر الضرر عندما يتعذر الحكم بغيره , وهذه الصفة الغالبة للتعويض هي التي دفعت المشرع الأردني للنص عليها , وكأنها قاعدة عامة في التعويض , كما جاء في نص المادة ٢/٢٦٩ من القانون المدني عندما نصت على انه " ويقدر الضمان بالنقد ....". وتفسير ذلك عندما يكون التعويض مبلغا من المال يُدفع للمضرور (المريض) فان هذا المال يجبر جميع الأضرار التي ألمت به , وهنا المضرور يكون مخير بان يفعل بالمبلغ النقدي ما يشاء , فالقاضي عندما يمنح المضرور مبلغ تعويض على شكل نقود لا يلزمه بإصلاح الضرر وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوعه , بل يبقى الخيار متروكا للمضرور[١].

إن الأصل في التعويض النقدي أن يكون على شكل مبلغ من المال يحكم القاضي به للمضرور ويدفعه المسؤول عن الضرر دفعه واحده , إلا انه ليس هناك ما يمنع القاضي من أن يلزم المسؤول عن الضرر بدفع التعويض على شكل أقساط أو مرتب دوري لمدة معينه أو مدى حياة المضرور[٢]. ويجوز للمحكمة في حالة التعويض المقسط أو المرتب الدوري أن تلزم المسؤول بتقديم تأمين يقدره القاضي لضمان الوفاء بمبلغ التعويض[٣]. يجب أن لا يتجاوز التعويض النقدي قدر الضرر الذي أصاب المضرور وان لا يقل عنه[٤].

---

(١) سرحان وخاطر , **مصادر الحقوق** , مرجع سابق , ص ٤٧٠

(٢) السنهوري , **الوسيط** , ج١ , مرجع سابق , ص ٩٦٧

(٣) المادة ١/٢٦٩ , **القانون المدني الأردني** , مرجع سابق .

(٤) التعويض في القانون المدني الأردني ميز بين المسؤولية العقدية بما يساوي الضرر فقط , كما جاء بنص المادة (٣٦٣) بقولها " إذا لم يكن الضمان مقدراً في القانون أو في العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه " أما المسؤولية التقصيرية بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب كما جاء بنص المادة ٢٦٦ بقولها " يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار" .

ثانيا : تقدير التعويض

إن عملية تقدير التعويض عن المسؤولية الطبيبة تنطوي على نواحي دقيقة وفنية ليس في مقدرة القاضي معرفتها ، لأنها بحاجة إلى الأطباء وأهل الخبرة من ذوي المهنة ، لأن القاضي لا يفترض به الإلمام بالأمور الطبية , وليس من السهل عليه أن يعرف الخطأ في سلوك الطبيب[١]. وإذا كان سهلا على القاضي الوقوف على خطأ الطبيب في التلقيح الصناعي , فيما يتعلق بأعمال الطبيب العادية واليومية كعدم حصوله على رضاء المريض أو موافقته الخطية مثلا ، فالأمر يبدو أكثر تعقيدا إذا ما تعلق الأمر ببيان وجه الخطأ في سلوك الطبيب عندما يتعلق الأمر بأعمال الطبيب ذات الطابع الفني ، ما يجعل القاضي يستعين في هذا الصدد بأهل الخبرة في المسائل الطبية لتوضيح ما استصعب عليه فهمه واستكمال اقتناعه في موضوع الدعوى واستجماع عناصر قيام المسؤولية المدنية للطبيب من عدمه , و الخبير المعين من قبل القاضي في هذا المجال لا بدّ وأن يكون من نفس اختصاص الطبيب موضوع المساءلة ، وعلى القاضي أن يحدد موضوع مهمة الخبير الطبي بدقة ووضوح , وإذا كان القاضي غير ملزم ولا يتقيد كقاعدة عامة برأي الخبير وفقا لقانون أصول المحاكمات المدنية[٢]، إلا أن تقرير الخبير الطبي غالبا ما يكون محل تقدير من القاضي .

إن القاعدة العامة التي تحكم التعويض عن الضرر , توجب أن يكون التعويض على قدر كاف لجبر الضرر , فلا يزيد مقدار التعويض عن الضرر الحاصل ولا يقل عنه , فضلا عن أن التعويض لا يشمل غير الضرر المباشر الناتج عن الخطأ , بهدف إعادة التوازن الذي اختل , ولا يعد التعويض إلا نتيجة للضرر الناجم عن خطأ المسؤول[٣]. فيجب أن يكون التعويض شاملا , بحيث انه يغطي جميع عناصر الضرر الواقع على المضرور، ولا يشمل الأضرار غير مستوجبة التعويض كالضرر الاحتمالي ، فلا يمنح المضرور أكثر مما يستحق ، ولا ينتقص حقه في تعويض كامل عن الأضرار التي أصابته . والتعويض يشمل الضرر المادي والأدبي بهدف جبر الضرر بالكامل ، بحيث لا يزيد ولا ينقص عن قدر الضرر الذي وقع ، فإذا زاد التعويض عن

---

(١) التونجي , **المسؤولية المدنية للطبيب** , مرجع سابق , ١١٨

(٢) المادة ٢/٨٦ , **قانون أصول المحاكمان المدنية** , مرجع سابق .

(٣) الحياري , **المسؤولية المدنية** , مرجع سابق , ص ١٦٨

الضرر أثرى المضرور على حساب المسئول بغير سبب ، وإن نقص مقدار التعويض عن الضرر اختلت العدالة[١].

وإذا كان التعويض في أساسه جبر الضرر لإعادة التوازن للعلاقات التي اختلت نتيجة الإخلال بالتزام قانوني ، فلا ضير إذًا في حالة عدم تحقق مبدأ التعويض الكامل تدارك الضرر بمنح المضرور تعويضًا عادلا وفقًا لظروف كل حالة . وأفضل وسيلة لتعويض المضرور هي محو ما أصابه من ضرر، إن كان ذلك ممكنًا ، ولكن إذا ما تعذر ذلك التعويض فليس أمام القاضي إلا الحكم بما يخفف عن المضرور ما حدث له من ضرر بما يقدره القاضي من مقابل . تطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الأردنية انه " لا يقصد بتعويض الضرر محوه وإزالته من الوجود وإلا فالضرر الأدبي لا يمحى ولا يزول بتعويض مادي، ولكن يقصد بالتعويض أن يستحدث المضرور لنفسه بديلا عمّا أصابه من الضرر الأدبي، فالخسارة لا تزول ولكن يقوم إلى جانبها كسب يعوّض عنها وعلى هذا المعنى يمكن تعويض الضرر المعنوي [٢].

فالمشرع المدني لم يترك للقاضي حرية تقدير التعويض حسب ميوله وأهوائه الشخصية, بل حدد له معايير يسير على هداها , فاوجب أن يقدر التعويض بمدى ما أصاب المضرور من ضرر فعلي , بحيث لا يزيد عنه ولا يقل[٣]. وهذا المبدأ يستفاد من نص المادة ٢٥٦ من القانون المدني الأردني . ولا شك إن المقصود بالضرر كامل الضرر الذي تحمله المضرور ولا شيء غير الضرر الفعلي . كما أن هذا المبدأ وجد تكريسا له بنص صريح في القانون الأردني عندما ذهبت المادة (٣٦٣) منه إلى انه (إذا لم يكن الضمان مقدراً في القانون أو في العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه) . فالمضرور الذي أصيب بالضرر لا يمكن أن يصاب بضرر أخر بسبب منحه تعويض لا يغطي كامل الضرر الذي أصابه , كما انه ليس من العدل إلزام المتسبب بالضرر دفع تعويض يزيد عن المدى الحقيقي للضرر الذي سببه للمضرور[٤]. وهكذا فان تقدير الضرر في القانون المدني الأردني والذي ينص على انه " يقدر

---

[١] طلبة , أنور , **المسؤولية المدنية (المسؤولية العقدية)** , ج١ , ط١ , المكتب الجامعي الحديث , الإسكندرية , ٢٠٠٥ , ص ٣٦٨

[٢] تمييز حقوق رقم ١٩٧٨/٧١ تاريخ ١٩٧٨/٧/٢٢ , **مجلة نقابة المحامين** , لسنة ١٩٧٨ , ص ١١٢٨

[٣] سليمان , علي علي , **دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري** , بدون طبعة , ديوان المطبوعات الجامعية , الجزائر , ١٩٨٤ , ص ٢١٦

[٤] السرحان وخاطر , **مصادر الحقوق** , مرجع سابق , ص ٤٧٢

ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب "[١] , فعندما يصاب المضرور (المريض) بضرر ناجم عن خطأ الطبيب في عملية التلقيح الصناعي , يتوجب تطبيق هذا النص . ولتعويض المريض المتضرر على ما أصاب جسمه من ضرر وألم نفسي , وما انفق من مال للعلاج , فهذا عبارة عن ما لحقه من خسارة , كما أن المريض يستحق التعويض على ما فاته من كسب نتيجة وقوع الحادث كما لو انقطع عن العمل , فالمسؤول عن الضرر يجب أن يعوض المضرور عن كافة الأضرار التي أصابته سواء أكانت أضرار مادية أو أدبية .

هذا المعيار في تقدير التعويض كانت تعترضه بعض الصعوبات , خصوصا في تقدير القاضي للتعويض عن الضرر الأدبي , الذي يتعذر تقديره بالمال كتقدير الآلام النفسية والجسدية مثلا , لكن القضاء استطاع تذليل هذه الصعاب , فقد كان في البداية ينظر إلى جسامة الخطأ أو تفاهته في المسؤولية التقصيريّة عند تقدير التعويض , مما أدى إلى احتجاج الغالبية من الفقه الغربي على ذلك . لذلك اتجه القضاء إلى عدم إدخال جسامة الخطأ أو تفاهته عند تقدير التعويض , باعتبار إن الخطأ ما هو إلا ركن لإقامة المسؤولية بغض النظر عن مداه , وبالتالي فان العبرة في تقدير مقدار التعويض عن الضرر الحاصل هو بالنظر إلى حجم هذا الضرر وليس جسامة الخطأ .

ثالثا : وقت تقدير التعويض

الأصل أن الحق في التعويض ينشا من يوم اكتمال عناصر المسؤولية[٢]. وفي الفقه الغربي يقدر الضرر حين صدور الحكم[٣]. ويستند أصحاب هذا الاتجاه إلى أن التعويض يجب أن يغطي كل الضرر , والتعويض في غالب الأحوال لن يغطي كل الضرر إلا إذا تم تقديره بالحالة التي استقر عليها حين الحكم النهائي , فمن الواضح أن الضرر قد يتغير في ذاته كما قد يتغير في قيمته بسبب تغير قيمة النقود أو التقلبات الاقتصادية من وقت وقوعه إلى وقت الحكم التي قد تأخذ وقتا طويلاً [٤].

---

[١] المادة ٢٦٦ , **القانون المدني الأردني** , مرجع سابق

[٢] سليمان , **دراسات في المسؤولية** , مرجع سابق , ص١٩٩

[٣] السنهوري , **الوسيط** , ج١ , مرجع سابق , ص ٩٧٤ . مرقس , **الوافي** , ج١ , ص ٥٥٣ وما بعدها

[٤] الجندي , **ضمان الضرر** , مرجع سابق , ص ٢١٨

رغم كل ذلك نلاحظ أن المشرع الأردني قد ألزم القاضي بتقدير التعويض وقت وقوع الضرر , وهذا ما تنص عليه المادة (٣٦٣) من القانون المدني الأردني التي جاء فيها انه " إذا لم يكن الضمان مقدرا في القانون أو في العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلا حين وقوعه " . وقد وجه الفقه سهام النقد لموقف المشرع الأردني باعتبار أن تقدير التعويض وقت وقوع الضرر لا يؤدي إلى جبر الضرر . وهذا الهدف يحققه بشكل أفضل القول بان التعويض يجب أن يقدر وقت إصدار القاضي لحكمه وليس وقت وقوع الضرر , ومثل هذا الحل ادعى للأخذ به في الوقت الحاضر لسببين أساسيين : زيادة أعداد القضايا المنظورة في المحاكم وما يترتب عليها من طول إجراءات التقاضي , وثانيهما نقصان القيمة السوقية للنقود بسبب الأزمات الاقتصادية المتتالية . وعلى ذلك فتقدير التعويض وقت النطق بالحكم يسمح بتجنب الخسارة التي يمكن أن تلحق المضرور لو قضي له وفق قيمة الضرر مقدره عند وقوعه[١].

وإنني اقترح على المشرع الأردني إضافة مادة إلى القانون المدني ينص فيها انه على المحكمة عند تقدير التعويض أن تأخذ بعين الاعتبار التغيير الحاصل في الأسعار سواء بالزيادة أو النقصان لما في ذلك من تحقيق التعويض الكامل للمتضرر

أما في حالة تعويض الأضرار الجسدية , فإذا لم تكن أمام المحكمة إمكانية لتحديد مقدار التعويض نهائيا يمكن أن يحتفظ للمتضرر الحق بالمطالبة خلال مدة بإعادة النظر في التعويض , وهذا ما نص عليه المشرع الأردني في المادة ٢٦٨ من القانون المدني الأردني[٢] . وأساس المراجعة هو أن الضرر قد يتغير بعد الحكم والتغير الذي يتيح المراجعة هو فقط التغير باتجاه الزيادة .أما التغير باتجاه النقص ، أي تناقص الضرر بعد أن يكون القاضي قد قدر قيمة التعويض وفق ما تبين له من أضرار أثناء نظر الدعوى ثم تناقص الضرر بصورة لم تكن متوقعة ، فلا يجوز في هذه الحالة إعادة النظر في التعويض لإنقاصه إعمالا لمبدأ حجية الأمر المقتضى به[٣].

---

[١] السرحان وخاطر , **مصادر الحقوق** , مرجع سابق , ص ٤٩٢

[٢] المادة ٢٦٨ , **القانون المدني الأردني** , مرجع سابق . وتنص على انه " إذا لم يتيسر للمحكمة أن تعين مدى الضمان تعييناً نهائياً فلها أن تحتفظ للمتضرر بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير". فالنص هنا يعالج حالة تزايد الضرر بعد الحكم ولا يغطي الفترة الواقعة بين حدوث الضرر وصدور الحكم , لان القاضي ملزم بالنظر أثناء تقديره للضرر إلى قيمته حين وقوعه .. تقابلها المادة ١٧٠ مدني مصري , ١٧١ مدني سوري

[٣] محتسب الله , **المسؤولية الطبية** , مرجع سابق , ص ٢٤٨-٢٥٠

إلا انه وفي الواقع العملي تتردد المحاكم الأردنية في تطبيق هذا النص , حيث يتم الطلب من المتضرر إحضار تقرير طبي أولي , وبعدها تقرير طبي نهائي ولا تحكم المحكمة وتؤجـل الحكم إلى أن يتم إحضار تقرير طبي قطعي وهذا يؤدي إلى إطالة أمد التقاضي , فللمحكمـة أن تحكم بالتعويض كتعويض أولي حسب الظاهر , ويمكن أن تحكم للمتضرر بإعادة التقدير عندما تستقر حالته , فإذا طبقت المحاكم هذا النص يمكن التجاوز عن مشاكل كثيرة [١].

وأخيراً فان مسالة تقدير التعويض عن الحوادث الطبية هي عملية دقيقة ومعقدة ومتداخلة وتحتاج إلى جهد كبير ودراسة علمية للعلوم الطبية والحقائق العلمية المتعلقة بالمسؤولية الطبية , وهذا يقتضي من القاضي الاستعانة بخبير على درجة عالية من الكفاءة والتخصص .

---

[١] أبو عرابي , **محاضرات في المسؤولية** , مرجع سابق , ص ٥٤

المبحث الثاني

الإتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية المدنية

إن الخطر المالي الذي يمس الذمة المالية هو الذي يدفع الشخص إلى التأمين , كما انه هو ذاته الذي يدفعه إلى اشتراط الإعفاء من المسؤولية[١]. ففي التأمين من المسؤولية , نجد أن المؤمن له هو الذي يعوض الغير المضرور , مما يعني أن ذمته المالية سيعتريها النقص بمقدار دين التعويض المتحقق , أما في الإعفاء من المسؤولية فان ذمة المسؤول تبرأ من دين التعويض, لا لأنه أدى مبلغ التعويض المسؤول عنه , وإنما لان المضرور أعفاه من طلب التعويض مقدما. وهكذا يتضح أن التأمين من المسؤولية يستلزم أن يكون التعويض بمقدار الضرر الحاصل فعلا , حيث يشترط تحقق مسؤولية المؤمن له أولا , وهذا يعني أن هذا التأمين يؤكد المسؤولية ولا ينفيها , وهذا على النقيض من اتفاق الإعفاء من المسؤولية الذي يكون الهدف منه رفع الآثار الناجمة عن المسؤولية عن كاهل المدين المسؤول[٢].

إلا إنهما يختلفان من حيث الطبيعة القانونية , فالتأمين من المسؤولية , هو عقد احتمالي , يتوقف احتمال الكسب والخسارة فيه على أمر غير محقق الوقوع وقت إبرام العقد . أما الإعفاء من المسؤولية والذي قد يرد على شكل شرط في العقد أو في اتفاق لاحق على العقد فهو ليس أمراً احتماليا وذلك أن كلا طرفيه قد حدد مركزه مسبقا عند إبرام العقد , بحيث يعلم المدين انه قد أعفى نفسه من المسؤولية , كما علم الدائن المضرور بأنه لن يستطيع الحصول على أي تعويض ؛ لأنه لن يستطيع ملاحقة المدين بدعوى المسؤولية , ترتيبا على انه قد أعفاه مقدما منها[٣].

على ضوء ما سبق فان التشابه والاختلاف بين التأمين من المسؤولية والاتفاق على الإعفاء منها أثار جدل فقهياً وقضائياً يقتضي التعرف عليه من خلال مطلبين :

---

[١] النعيمات , موسى جميل , **النظرية العامة للتأمين من المسؤولية المدنية** , ط١ , دار الثقافة , عمان , ٢٠٠٦ , ص ٨٦

[٢] السنهوري , **الوسيط** , ج ٧ , مرجع سابق , ص ١٦٤٣ , فقرة ٨٣٩ . الجبوري , ياسين محمد , **المبسوط في شرح القانون المدني** , ج٢ , دار الثقافة للنشر والتوزيع , عمان , ٢٠٠٦ , ص ٢٧٧.

[٣] النعيمات , **النظرية العامة للتأمين** , مرجع سابق , ص ٨٨

المطلب الأول : الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية المدنية .

المطلب الثاني : التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب القائم بالتلقيح الصناعي .

المطلب الأول

الاتفاق على تعديل حكم المسؤولية عن التلقيح الصناعي

جرت عادة بعض مراكز الدراسات وحفظ الحيوانات المنوية البشرية في فرنسا (Centre d`'etudes et de Conservation du sperme humain) وهي مراكز متخصصة بالتلقيح الصناعي على إدراج شرط في الاتفاق المبرم مع راغبي التلقيح الصناعي مقتضاه إقرار الموقع بأنه اتخذ قراره بناء على علم كامل الظروف والملابسات كافة, وبعد تنويره وتبصيره , وانه يعفي الطبيب المعالج والمركز من المسؤولية عن الآثار والنتائج المترتبة عن عملية التلقيح ويسمى مثل هذا الشرط بشرط الإعفاء من المسؤولية , وهو الشرط الذي يتفق فيه مقدما على أن عدم تنفيذ الالتزام أو تنفيذه بطريقة معيبة من جانب المدين لا يكون سببا في قيام مسؤولية المدين , أو أن مسؤوليته تكون مسؤولية محدودة أو (مخففة)(١).

فالاتفاقات المقصودة هنا هي تلك التي تعقد بين المضرور والمسؤول قبل تحقق المسؤولية , أما تلك التي تعقد بعد حدوث الضرر فلا جدال في صحتها سواء تعلقت بمسؤولية عقدية أو تقصيرية , وسواء قصد بها الإعفاء أو التخفيف أو التشديد في المسؤولية , وان كان الغالب إن تأخذ هذه الاتفاقات شكل تصالح بين المضرور والمسؤول(٢). فليس هناك ثمة ما يمنع من الاتفاق اللاحق على تعديل التعويض بعد وقوع الضرر , سواء أكان بالإعفاء التام من التعويض أو بالإعفاء من جزء منه أو تبديله أو زيادته , مع أن الرأي مستقر على أن الإعفاء من المسؤولية المدنية بنوعيها باطلا إذا استهدف الاتفاق الإعفاء من الخطأ العمدي أو الخطأ الجسيم(٣) كما سأبينه لاحقا وهذا ما نصت عليه المادة ٢/٣٥٨ من القانون المدني الأردني . وتطبيقا لذلك فان الاتفاق بين الطبيب والمريض أو ممثل المريض القانوني على الإعفاء في حالة وفاة المريض نتيجة الخطأ المرتكب يكون باطلاً لأنه مخالف للنظام العام(٤).

على ضوء ما سبق يقتضي الأمر تناول المسائل التالية :

(١) زهرة , **الإنجاب الصناعي** , مرجع سابق , ص ٢٤٦

(٢) سلطان , أنور , **مصادر الالتزام في القانون الأردني** , ط١ , منشورات الجامعة الأردنية , عمان , ١٩٨٧ , ص ٣٥٨

(٣) السنهوري , **الوسيط** , ج١ , مرجع سابق , ص ٩٧٧

(٤) محتسب الله , **المسؤولية الطبية** , مرجع سابق , ص ٢٩٩

أولا : أنواع الشروط المعدلة للمسؤولية.

الشروط المعدلة للمسؤولية بالمعنى الدقيق ثلاثة , هي

١. **الشرط المعفي من المسؤولية :** هو عبارة عن شرط يرد في عقد أو باتفاق منفصل ، يعفي بموجبه الدائن مدينه مسبقا من المسؤولية التي قد تترتب في ذمة الأخير إعفاء تاما جراء عدم تنفيذه لالتزامه ، فلا تتحقق المسؤولية بالاتفاق ، رغم تحقق هذه المسؤولية بموجب القواعد العامة [١].

٢. **الشرط المخفف من المسؤولية :** عبارة عن بند يرد في عقد ، أو باتفاق منفصل ، تخفف بموجبه مسؤولية المدين ، وذلك بحصرها في جزء من المسؤولية ، وهي حالة إعفاء جزئي من المسؤولية . أي الاتفاق على بقاء هذه المسؤولية على عاتق المدين لكن يصبح أثرها ضئيلا تجاهه , فهو لا يلتزم إلا بدفع تعويضا جزئيا عن الإضرار التي لحقت بالدائن [٢]. أو التخفيف في تقييم مسلك المدين بحيث لا يطالب المدين بالعناية التي تفرضها القواعد العامة ، وإنما بالعناية التي ينص عليها الاتفاق ، والتي تكون أقل مما تفرضه القواعد العامة.

٣. **الشرط المشدد من المسؤولية :** يقصد بالشرط المشدد في المسؤولية العقدية ، هو ذلك الشرط الوارد في العقد أو باتفاق منفصل ، الذي يتمثل في أقامة المسؤولية على المدين في حالة أو في أحوال تكون فيها مسؤوليته غير قائمة بموجب القواعد العامة[٣]. كما لو وقع الضرر بسبب أجنبي لا يد له فيه , فهو ملزم هنا بتعويض الشخص المضرور.

ثانيا : الاتفاقات المتعلقة بالمسؤولية العقدية

إن الأصل هو حرية المتعاقدين في تعديل أحكام المسؤولية العقدية بالإعفاء أو التخفيف منها , لان أحكام المسؤولية منشأها العقد , وكان العقد وليد إرادة المتعاقدين , فالإرادة الحرة هي

---

[١] نصرة , احمد سليم فريز , **الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري** , رسالة ماجستير (غير منشورة) , جامعة النجاح , فلسطين , ٢٠٠٦ , ص ٣٥

[٢] السرحان وخاطر , **مصادر الحقوق** , مرجع سابق , ص ٤٧١.

[٣] نصرة , **الشرط المعدل** , مرجع سابق , ص ٣٦

إذن أساس المسؤولية العقدية[١], وإذا كانت الإرادة هي التي أنشأت قواعد هذه المسؤولية , فـان لها أن تعدلها وذلك في حدود النظام العام والقانون والآداب العامة[٢]. فيجوز الاتفاق على تحمل الطرف المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة [٣]. وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية المترتبة على عدم تنفيذ الالتزام العقدي , إلا ما ينشا عن غشه , أو عـن خطئـه الجسيم على اعتبار أن الإرادة لا يتصور أن تكون اتجهت ضمنيا إليها , خاصـة وان هـاتين الحالتين تخالفان النظام العام[٤]. إلا انه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناتجة عن الغش , أو عن الخطأ الجسيم , إذا وقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه.

لم يتضمن القانون المدني الأردني نصا كالتشريعات المقارنة[٥] التي تجيز تعديل أحكام المسؤولية العقدية . لكن وبالرجوع إلى نصوص القانون المدني الأردني نجد انه قد نـص فـي المادة ٢١٣ منه على انه " الأصل في العقد رضا المتعاقدين وما التزاماه في التعاقد " , وبما أن شرط الإعفاء من المسؤولية هو وليد الإرادة ولا يتعارض مع النظام العام والآداب العامة – كما أسلفنا– فلا يمنع الأخذ به[٦]. كما أن نص المادة ٣٥٨ من القانون المدني يستفاد منهـا ضـمنا بالقول بجواز الإعفاء من المسؤولية في القانون الأردني إلا في حالة الخطأ الجسيم والغش[٧].

أما موقف المشرع الأردني من مسالة التشديد في المسؤولية العقدية فكما تبين لنا بأنه لا يوجد قاعدة عامة وصريحة للإعفاء من المسؤولية العقدية . إلا انه يمكن أن نجد ذلك في المادة ٢٦١ من القانون المدني الأردني , إذ أن الشخص لا يكون مسؤولا عن الضرر إذا كان ناتجـا عن حادث فجائي أو قوة قاهرة لانتفاء علاقة السببية , ولكن ورد بالنص ما لم يقض القانون أو

---

[١] السنهوري , **الوسيط** , ج١ , مرجع سابق , ص ٦٧٣

[٢] المصدر نفسه , ج١ , ص ٤٧٣

[٣] المادة ٢٦١ , **القانون المدني الأردني** , مرجع سابق

[٤] السنهوري , **الوسيط** , ج١ , مرجع سابق , ص ٦٨٣

[٥] المادة ٢١٧ مدني مصري , ١٧٨ مدني جزائري .

[٦] السرحان وخاطر , **مصادر الحقوق** , مرجع سابق , ص ٣٢٠

[٧] المادة ٣٥٨ , **القانون المدني الأردني** , مرجع سابق . وتنص على انه " إذا كان المطلوب من المدين هـو المحافظة على الشيء أو القيام بإدارته أو توخي الحيطة في تنفيذ التزامه فإنه يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتم يتحقق الغرض المقصود . هذا ما لم ينص القـانون أو الإنفاق على غير ذلك . وفي كل حال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم .

الاتفاق بغير ذلك , فحسب هذا النص يمكن الاتفاق بين المدين والدائن على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة , رغم انه كان غير مسؤول ولكن بالاتفاق يجوز واتفاق الطرفين على أن يتحمل احدهما وهو الدائن تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة يعتبر من باب تشديد المسؤولية [١].

على ضوء ما سبق نستنتج انه يجوز الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية إلا أن هناك استثناءات جاءت بنصوص قانونية مباشرة كحالتي الغش والخطأ الجسيم , كما أن الفقه يضيف حالة أخرى لا يجوز فيها الإعفاء هي حالة الأضرار الجسدية , وهذا ما يستدعي تبيانه في مسؤولية الطبيب القائم بالتلقيح الصناعي .

الاستثناء الأول : عدم جواز الاتفاق على تعديل المسؤولية في حالتي الغش والخطأ الجسيم

عرف جانب من الفقه [٢]الغش بأنه كل فعل أو امتناع عن الفعل يقع من المدين بالتزام عقدي أو من تابعيه بقصد إحداث الضرر , أما الخطأ الجسيم فهو كل فعل أو امتناع عن فعل يقع من المدين بالتزام عقدي أو من تابعيه بطيش مقرون بعلم لما قد ينجم عنه من ضرر. ففي الإعفاء من المسؤولية يأخذ الخطأ الجسيم حكم الغش , رغم أن الأول خطأ غير عمدي , وذلك خوفا من تستر المدين وراء الخطأ الجسيم إخفاء لنيته الأضرار بالدائن , هذا من جهة , ومن جهة ثانية حتى يفرض على المدين حدا أدنى من العناية في المعاملات إعمالا لمبدأ حسن النية[٣].

ففي المسؤولية المدنية للطبيب ثار جدل فقهي حول ما هية الخطأ الذي يسال عنه الطبيب , الخطأ الجسيم أم اليسير[٤]. فكان لا بد من الإشارة إلى هذا الجدل لما له من أهمية فيما يتعلق بشرط الإعفاء من المسؤولية , فلو اعتبرنا أن المهني (الطبيب) لا يسأل إلا عن خطئه الجسيم ، فهذا يؤدي إلى أن الطبيب يكون معفيا أصلا من المسؤولية إلا في حالة الخطأ الجسيم دون

---

(١) العيسائي , عبدالعزيز مقبل , **شرط الإعفاء من المسؤولية المدنية في كل من القانون المدني الأردني واليمني** , رسالة ماجستير (غير منشورة) , الجامعة الأردنية , عمان , الأردن , ١٩٩٨, ص ٣٥

(٢) السرحان وخاطر , **مصادر الحقوق** , مرجع سابق , ص ٣٢١

(٣) نصرة , **الشرط المعدل** , مرجع سابق , ص ٧٧

(٤) راجع الصفحة ٦١ من بحثنا هذا

الحاجة إلى إيراد شرط الإعفاء ، وهو ما يستدعي البحث - حينها - في إمكانية الاتفاق على الإعفاء حتى في حالة الخطأ الجسيم للطبيب ، ذلك إن خطأه الجسيم سيبدو مساويا للخطأ العادي (اليسير) لأي شخص آخر، وبالتالي يصبح الإعفاء حتى في ظل الخطأ الجسيم محل نظر . ولما كان القضاء في الأردن قد استقر على أن المهنيين ومنهم الأطباء , يسألون ضمن القواعد العامة المنصوص عليها في المادة ٢٥٦ من القانون المدني الأردني ، فان القول بإمكانية الاتفاق على إعفاء الأطباء من خطئهم الجسيم تصبح مسألة لا أساس لها .

أما بخصوص من ذهب إلى إن الأخطاء الطبية هي تعتبر دائما جسيمة، ولا يجوز الإعفاء منها ، إلا أن هذا الرأي ليس سليما ، ذلك إن للأخطاء الطبية كما للأخطاء الأخرى درجات فبعضها يسير، وهو ما يجوز الاتفاق على الإعفاء منه، وبعضها جسيم وهو ما لا يجوز الاتفاق على الإعفاء منه . وعليه فانه لا يجوز السماح للأطباء بالاتفاق على الإعفاء من مسؤوليتهم حتى عن الخطأ اليسير لما في ذلك من تشجيع للأطباء على ارتكاب الأخطاء اليسيرة.

الاستثناء الثاني : عدم جواز الاتفاق على تعديل المسؤولية عن الأضرار الجسدية

سلامة جسد الإنسان وصحته وصيانة جسده ، تعد من حقوقه اللصيقة فهي تثبت للإنسان صفة الإنسانية ، إذ تولد معه وتظل لصيقة به ، وتستمد أصولها من ضرورة حماية الشخصية الإنسانية في مختلف مظاهرها ، لأن جسد الإنسان ليس من الأشياء وهو يخرج من دائرة التعامل المالي[١].

ويرى غالبية الشرّاح أنه لا يجوز الاتفاق على إعفاء الدائن من مسؤوليته عن الأضرار الجسدية متأثرين في رؤيتهم هذه بالفقهاء الفرنسيين الذين أرسوا هذه النظرة[٢]. بالإضافة إلى أن جسم الإنسان يخرج عن دائرة التعامل المالي لأنه ليس من الأشياء، وأي اتفاق يكون محله جسم الإنسان أو سلامته يكون باطلا[٣] , ومثل هذا الاتفاق يكون مخالفا للنظام العام. وبهذا المعنى نص المشرع الأردني على عدم جواز التصرف بأي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه

---

[١] الفضل , منذر , **التصرف القانوني في الأعضاء البشرية** , ط١ , دار الثقافة للنشر والتوزيع , عمان , ٢٠٠٢ , ص ٢٤

[٢] السرحان وخاطر , **مصادر الحقوق** , مرجع سابق , ص ٣٢٤

[٣] الفضل , **التصرف القانوني** , مرجع سابق , ص ٢٤

بمقابل مادي أو بقصد الربح المادي[١] أو أن يتم النقل على عضو أساسي للحياة حتى ولو كان بموافقة المتبرع [٢]. كما أن هناك قوانين عربية نصت صراحة على عدم جواز الإعفاء من الأضرار التي تصيب الإنسان في جسده , حيث نصت المادة ١٣٩ من قانون الموجبات والعقود اللبناني على انه " إن البنود النافية للتبعة وبنود المجازفة تكون صالحة معمولا بها على قدر إبرائها لذمة واضع البند من نتائج عمله أو خطؤه غير المقصود، ولكن هذا الإبراء ينحصر في الأضرار المادية لا في الأضرار التي تصيب الأشخاص إذ أن حياة الإنسان وسلامته الشخصية هما فوق كل اتفاق[٣] .

وبناءً على ذلك لا يستطيع الطبيب القائم بالتلقيح الصناعي أن يتفق على الإعفاء من المسؤولية عن الأضرار التي تصيب المريض في أثناء العلاج أو التشخيص ، أو أثناء ا جراء العملية الجراحية إذا وقع ضرر بسبب خطئه أو إهماله وإن كان يسيرًا.

واعتبر القضاء الفرنسي الاتفاقات الواقعة على جسد الإنسان غير مشروعة ومنافية للأخلاق , كما اعتبروا أن شروط الإعفاء من المسؤولية، لا تسري في حالة ما إذا أسفر عدم التنفيذ عن أضرار جسمانية[٤].

ويتصور أن يرتب المساس بشخص الإنسان ليس أضرارا أدبية فحسب، بل ومادية أيضا ، مما تستوجب التعويض ، وفي ذلك قضت محكمة التمييز الأردنية على انه " حيث أن لكل شخص الحق في سلامة جسمه ، فان الاعتداء عليه بإحداث عاهة مستديمة يخل بقدرته على الكسب سواء أكان ذلك حالا أو مستقبلا – ما دام محققا – يستوجب التعويض على المضرور "[٥].

---

[١] المادة ٤/ج , **قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان** , مرجع سابق . وتنص على انه " لا يجوز أن يتم التبرع بالعضو مقابل بدل مادي أو بقصد الربح ".

[٢] المادة ٤/أ/١ , **قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان** , مرجع سابق . وتنص على انه " أن لا يقع النقل على عضو أساسي للحياة إذا كان هذا النقل قد يؤدي لوفاة المتبرع ولو كان ذلك بموافقته "

[٣] نخلة ، موريس , **الكامل في شرح القانون المدني ، ج٣** ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، بدون سنة ، ص ٦٣

[٤] مشار إليه : الفضل , **التصرف القانوني** , مرجع سابق , ص ١٠٤

[٥] تمييز حقوق رقم ١٩٧٥/٢٧٣ تاريخ ١٩٧٥/٧/٨ , **مجلة نقابة المحامين** , لسنة ١٩٧٦ , ص ٨٢٠

ويجد حظر شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية عن الأضرار الجسدية– باعتقادي - سندا له في نص المادة ٤٨ من القانون المدني الأردني حيث جاء فيها " لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر[١].

ثالثا : الاتفاقات المتعلقة بالمسؤولية التقصيريّة

الإعفاء من المسؤولية التقصيريّة قد يهدف إلى الإعفاء من المسؤولية بتاتا وقد يرمي إلى التخفيف منها , بإنقاص مدى التعويض فلا يعوض إلا عن بعض الضرر دون بعضه[٢]. وحسب التشريع الأردني[٣] يقع باطلا كل اتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيريّة أو التخفيف منها . وهذا ما اخذ فيه القضاء في فرنسا ومصر[٤]. لان شرط الإعفاء فيها باطل لمساسه بالنظام العام , سواءً أكانت المسؤولية ناتجة عن خطأ المدين الشخصي ولو كان يسيرا , أم كان نتيجة خطأ ممن يجعله القانون المدين مسؤولا عن أفعالهم كتابعية أو ممن يكونوا تحت رعايته , أيا كانت درجة خطأ هؤلاء , أي سواء كان خطؤهم عمدا , أو خطؤهم الناتج عن إهمالا جسيما أو يسيرا[٥]. إذ أن إجازته تيسر فتح الأضرار بالناس أو يدفعهم إلى عدم التحرز في تصرفاتهم , والشريعة تحرم الإضرار بالناس ومن ثم فان كل مباشر لعمل ضار يضمن تعويض ما أحدثه من ضرر ولا يجوز له التنصل من ذلك مقدما لان ذلك يشجع على ارتكاب العمل الضار الممنوع شرعا , كما أن إجازتها يشجع على الإهمال وارتكاب الأخطاء [٦] .

فالإعفاء من المسؤولية التقصيريّة يكون باطلاً بموجب نص المادة ٢٧٠ من القانون المدني الأردني , والذي جاء مطلقا , والمطلق يجري على إطلاقه ما لم يرد نص يقيده . وبالتالي لا يجوز الإعفاء في الجوانب المالية للشخص أو الجوانب الشخصية . وذلك على عكس نص المشرع اللبناني في المادة ١٣٩ سالفة الذكر , الذي أجاز الإعفاء بالجوانب المالية , أما

---

(١) المادة ٤٨ , **القانون المدني الأردني** , مرجع سابق

(٢) العيسائي , **شرط الإعفاء** , مرجع سابق , ص ٧٤

(٣) المادة ٢٧٠ , **القانون المدني الأردني** , مرجع سابق وجاء فيها " يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسئولية المترتبة على الفعل الضار".

(٤) السنهوري , **الوسيط** , ج١ , مرجع سابق , ص ٩٧٩

(٥) الحياري , **المسؤولية المدنية** , مرجع سابق , ص ١٧٩

(٦) العيسائي , **شرط الإعفاء** , مرجع سابق , ص ٣٣

الجوانب الشخصية للإنسان فانه لم يجز فيها الإعفاء لتعلق هذا الاتفاق بجسم الإنسان وكيانه الآدمي الذي لا يجوز الاتفاق على الإعفاء منها , لان جسم الإنسان وشخصه فوق كل اتفاق وفوق كل اعتبار[١].

أما الاتفاق على تشديد المسؤولية التقصيريّة فجائز ومشروع لعدم مخالفته للنظام العام . وبالتالي يجوز الاتفاق على تحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة كما أسلفنا.

---

[١] العيسائي , **شرط الإعفاء** , مرجع سابق , ص ٣٤

المطلب الثاني

التأمين من المسؤولية عن التلقيح الصناعي

إن تطور الأنظمة الاجتماعية والاقتصادية التي شهدها الإنسان في القرن العشرين ونتيجة الاكتشافات العلمية وتقدم العلوم الطبية التي صاحب الانطلاقة العلمية في العصر الحديث , وازدياد الأمل لدى المريض بالشفاء والعلاج وزيادة الوعي لدى المرضى للمطالبة بحقوقهم وازدياد عدد الدعاوى القضائية المعروضة أمام القضاء حيث ظهر نظام التأمين من المسؤولية مطالبا بالتعويض عن الأضرار التي أصابته وهذه الدعوى أصبحت لا تمس الذمة المالية للطبيب لوجود شركات التأمين من المسؤولية الطبية . كما لعبت المؤسسات الصحفية والإعلامية دورا هاما في مجال ضرورة وتعويض المضرور , كما أعطت انطباعاً بان الطبيب ليس ساحرا , بل هو رجل يحتاط لنفسه بترسانته العلمية , فإذا ساءت حالة المريض فقد يكون هناك نوع من عدم الرعاية قد حدث من جانب الطبيب ومن الضروري مطالبته بالتعويض عن عدم تنفيذه للعقد, وبتعبير أخر فعندما لا يقدم الطبيب الرعاية التي تؤدي إلى النتيجة المرجوة , فان المريض يلجا إلى القضاء محركا مسؤولية الطبيب [١]. كما أن الاجتهاد القضائي الذي اتجه بهذه المسؤولية نحو الموضوعية على أساس الضرر لا الخطأ , كان له فضل كبير في التوسع بالمسؤولية المدنية ذاتها , والتوسع في الأخطاء القابلة للتامين , كل ذلك أدى إلى انتشار كبير للتامين من المسؤولية حتى غدت إجبارية في الدول المتقدمة [٢].

وقد تناول المشرع الأردني عقد التأمين في القانون المدني باعتباره عقد غرر في المواد (٩٢٠-٩٣٢) ووضع له شروطا وأحكاما ميزته عن غيره من العقود , ونظم نوعين من أنواع التأمين وهما , عقد التأمين ضد الحريق والتأمين على الحياة في المواد (٩٣٣-٩٤٩) . بينما أشار إلى التأمين من المسؤولية في مادتين منه أثناء استعراضه لأركان عقد التأمين وشروطه , رغم أهمية هذا النوع من التأمين , حيث نصت المادة ٩٢٢ منه على انه[٣] " مع مراعاة أحكام المادة السابقة يجوز أن يتم التأمين ضد الأخطار الناجمة عن الحوادث الشخصية وطوارئ العمل

---

[١] مأمون , عبد الرشيد , **التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي** , بدون طبعة , دار النهضة العربية , القاهرة , بدون سنة نشر , ص ٤٢

[٢] أبو عرابي , غازي خالد , **أحكام التأمين** , ط١ , دار وائل للنشر , عمان , ٢٠١١ , ص ٣٣

[٣] المادة ٩٢٢ , **القانون المدني الأردني** , مرجع سابق

والسرقة وخيانة الأمانة وضمان السيارات والمسؤولية المدنية وكل الحوادث التي جرى العرف والقوانين الخاصة على التأمين ضدها . بينما نصت المادة ٩٣٠ منه على انه[١] " لا ينتج التزام المؤمن من أثره في التأمين من المسؤولية المدنية إلا إذا قام المتضرر بمطالبة المستفيد بعد وقوع الحادث الذي نجمت عنه هذه المسؤولية ". وهذا قصور تشريعي أكده المشرع ذاته في المادة ٩٢٣ بقوله[٢] " الأحكام الخاصة بعقود التأمين المختلفة والتي لم ترد في هذا القانون تنظمها القوانين الخاصة ".

على ضوء ما سبق وفي غياب نصوص تنظيمية تنظم أحكام التأمين من المسؤولية بشكل عام والتأمين من المسؤولية الطبية بشكل خاص في الأردن[٣] , يمكننا القول بوجود الأساس التشريعي لإيجاد مثل هذا النوع من التأمين وهو التأمين من المسؤولية الطبية والمتمثل في المادتين (٩٩)[٤] , (١٠٨/أ/٣)[٥] من قانون مراقبة أعمال التأمين رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٩ .

---

[١] المادة ٩٣٠ , **القانون المدني الأردني** , مرجع سابق

[٢] المادة ٩٢٣ , **القانون المدني الأردني** , مرجع سابق

[٣] هناك مشروع قانون التأمين لسنة ٢٠٠٨ , يشمل التأمين من المسؤولية حيث خصص لهذا النوع من التأمين المواد من (١١٥-١٢٥)

[٤] المادة ٩٩ , **قانون مراقبة أعمال التأمين** , رقم ٣٣ , لسنة ١٩٩٩ , المنشور في الجريدة الرسمية العدد ٤٣٨٩ تاريخ ١٩٩٩/١١/١ ص ٤٢٧١ . وتنص على " يجوز فرض التأمين الإجباري ضد بعض الأخطار وتحدد شروطه وأحكامه العامة وجميع الأمور المتعلقة به بموجب نظام يصدر بمقتضى أحكام هذا القانون وذلك على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر".

[٥] المادة ١٠٨ , **قانون مراقبة أعمال النامين** , مرجع سابق وجاء فيها : يصدر مجلس الوزراء الأنظمة اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون بما في ذلك ما يلي-:

١. الرسوم الواجب استيفاؤها بمقتضاه.
٢. الحد الأدنى لرأس مال الشركة
٣. فرض التأمين الإجباري
٤. شؤون الاتحاد الأردني لشركات التأمين
٥. الشؤون الإدارية والمالية لكادر الهيئة ولوازمها بما في ذلك صندوق الادخار والتوفير والرعاية الطبية الإسكان التأمين على الحياة

أ- للمجلس بناء على تنسيب المدير العام إصدار التعليمات المتعلقة بمراقبة وتنظيم أعمال التأمين بما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون والأنظمة الصادرة بمقتضاه، ويصدر المدير العام القرارات التنفيذية اللازمة لهذه الغاية.

كما أن تعليمات فروع وإجازات أعمال التأمين رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ قد بينت في المـادة ٢ مـن أقسام أعمال التأمينات العامة وذكرت في البند الثاني التأمين الطبي وفي الثالث عشر تـأمين المسؤولية العامة كنوعين من التأمينات[١].

على الرغم من أن التعريفات ليست من مهام المشرع , لان التعريـف قابـل للتعـديل والتغيير بما يتلاءم مع تطور نظام التامين , إلا أن المشرع الأردني عرف في المادة ٩٢٠ من القانون المدني الأردني عقد التأمين بأنه " عقد يلتزم به المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلـى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيرادا مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده أو تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل مبلـغ محـدد أو أقساط دورية يؤديها المؤمن له للمؤمن "[٢]. فيظهر من تعريف المشرع الأردني لعقد التأمين أن الخطر المؤمن منه هو العنصر الأساسي في عقد التأمين , أي هو المحل في هذا العقد , والرغبة المتولدة لدى الفرد لتغطية الآثار الناتجة في حال تحققه تدفعه للتأمين منه , الأمر الذي يوجـب على المؤمن له دفع أقساط التأمين للمؤمن , ويتوجب على المؤمن دفع مبلغ التأمين المتفق عليه حال تحقق الخطر المؤمن منه[٣]. فلا يجوز أن يكون محلا للتأمين ما يتعارض مع دين الدولـة الرسمي أو النظام العام وهذا ما نصت عليه المادة ٩٢١ من القانون المدني الأردني والتي تنص على " لا يجوز أن يكون محلاً للتأمين كل ما يتعارض مع دين الدولة الرسمي أو النظام العـام "[٤]. إلا أن هذا التعريف رغم بعض المزايا التي أشار إليها إلا أن سهام النقد أظهرت العديد من العيوب في التعريف السابق ومنها إغفال المشرع للجوانب الفنية للتامين والتي لا يتصور قيامها بدونها[٥].

أما عن تعريف التأمين من المسؤولية Assurance de responsabilite` civile فلـم يتخذ الفقه في تعريفها منحنى موحد , حيث اختلف الفقهاء في تعريفهم لتأمين المسؤولية بحسب

---

[١] المادة ٢ , **تعليمات فروع وإجازات التأمين** , رقم ١ , لسنة ٢٠٠٠, المنشور في الجريدة الرسـمية العـدد ٤٤٦٣ تاريخ ٢٠٠٠/١١/١ ص ٤٣٥٣

[٢] المادة ٩٢٠ , **القانون المدني الأردني** , مرجع سابق

[٣] هلسه , أيمن أديب , **حلول المؤمن محل المؤمن له في الرجوع على الغير , المسؤول عن تحقق الخطـر** , رسالة ماجستير (غير منشورة) , الجامعة الأردنية , عمان , ١٩٩٨ , ص ٤٤

[٤] المادة ٩٢١ , **القانون المدني الأردني** , مرجع سابق

[٥] أبو عرابي , **أحكام التأمين** , مرجع سابق , ص ٢٢

الزاوية التي يذهب إليها كل فقيه . فعرفه جانب من الشرّاح بأنه "عقد بين شخص يسمى المؤمن وشخص أخر يسمى المؤمن له , بمقتضاه يتحمل المؤمن العبء المالي المترتب علـى الخطـر الضار غير المقصود والمحدد في العقد , بسبب رجوع الغير إلى المؤمن له بالمسؤولية , لقاء ما يدفعه هذا الأخير من أقساط"(١). وعرفه جانب أخر بأنها " عقد يلتزم بمقتضاه المؤمن مقابل قسط معين بتعويض المؤمن له عما يتوجب على هذا الأخير دفعه من تعويض إلى الغير المتـضرر جراء تحقق مسؤوليته خلال مدة التامين ووفقا لشروط ذلك العقد "(٢).

وعلى ذلك يمكن القول أن التأمين من المسؤولية الطبية هو عقد يبـرم بـين الطبيـب (المؤمن له) وشركة التامين , بمقتضاه تلتزم الأخيرة بضمان الخطر الناجم عن ممارسة الطبيب أعماله الطبية ورجوع الغير عليه.

من التعريفات السابقة يتضح لنا أن تأمين المسؤولية يهدف إلى ضـمان المـؤمن لـه (الطبيب) وحمايته من رجوع المرضى المتضررين عليه بالتعويض نتيجة تحقق مسؤوليته عن الأضرار التي أصابتهم , وبذلك تتحقق الصفة التعويضية في تأمين المـسؤولية بحيـث يكـون التعويض بمقدار الضرر الواقع فعلاً دون أن يتجاوز مبلغ التامين المتفق عليه , لذا فان تـأمين المسؤولية هو تأمين لدين ويمثل ضمانا للمؤمن له في تعويضه عما دفعه لغيره الـذي أصـابه ضرر , وعن المصروفات التي تستلزمها الأعمال القضائية التي يقوم بها ويعرف فـي تـأمين الحماية والتعويض بمبدأ (ادفع لكي يدفع لك Pay To Be Paid)(٣). فالقاعـدة انـه يجـوز للشخص أن يؤمن لدى شخص أخر (شركة التأمين) على مسؤوليته المترتبة على الخطأ , سواء كان هذا الخطأ عقديا أو تقصيريّا , وسواء كان الخطأ التقصيري مفترضا أو ثابتا , وسواء كان الخطأ الثابت يسيراً أو جسيماً , ولكن لا يجوز التأمين من المسؤولية المترتبة على الخطأ العمد, إذ لا يجوز لأحد أن ييسر لنفسه السبيل إلى الغش , وإنما يجوز التأمين من المسؤولية عن عمل الغير, حتى لو ارتكب هذا الغير خطأ عمداً , ذلك أن المسؤول عن الغير لم يؤمن من المسؤولية

(١) النعيمات , **النظرية العامة للتأمين** , مرجع سابق , ص ٥٣

(٢) أبو عرابي , **أحكام التأمين** , مرجع سابق , ص ٧٣ . وعرفه السنهوري بأنه " عقد بموجبه يؤمن المـؤمن المؤمن له من الأضرار التي تلحق به من جراء رجوع الغير عليه بالمسؤولية " السنهوري , **الوسـيط** , ج ٧ , القسم ٢ , مرجع سابق , ص ١٦٤١

(٣) سليمة , صلاح محمد , **تأمين المسؤولية المدنية عن أضرار التلـوث البحـري ودور نـوادي الحمايـة والتعويض** , ط ١ , دار الفكر الجامعي , الإسكندرية , ٢٠٠٧ , ص ١٣

عن غشه هو بل عن غش الغير , فالخطأ الشخصي الذي يؤمن نفسه منه هو خطأ مفتـرض لا خطأ عمد[١].

والأصل أن يشمل عقد التأمين (بوجه عام) جميع الأضرار الناجمة عن تحقق الخطـر المؤمن منه أيا كان سبب تحقق هذا الخطر , عدا حالتي الغش والخطأ العمد , إلا انه من النادر عملا أن يأتي العقد على هذا النحو حيث لا يخلو عادة من شروط يدرجها المؤمن مستبعدا بهـا الضمان عن بعض الخاطر , وعقد التأمين من المسؤولية الطبية (بوجه خاص) يتميز بأنه يرد على مخاطر ذات طبيعة خاصة تتصل بالنشاط الطبي ذاته قد تترتب عليها أثـار غايـة فـي الأهمية, لذا كان من الطبيعي أن يحتوي العقد على تلك الشروط التي تستبعد تلك المخاطر ذات الطبيعة الخاصة[٢]. ومن هذه الشروط:-

١. الاستبعاد القانوني الذي يتعلق بعدم جواز التأمين من المسؤولية الجنائيـة , فـلا يضمن المؤمن ما قد يحكم به على الطبيب المؤمن له من غرامات أو مصادرات نتيجة ارتكابه جريمة جنائية , ولا يتناول الحظر الآثار المدنية للحكم الجنـائي , فهذه يجوز التأمين منها[٣]. كما انه لا يجوز للطبيب أن يؤمن من مسؤوليته عـن الخطأ العمدي الذي يكون الفاعل قد أراد الفعل والنتيجة وقبل المخاطرة[٤], وهـذا ما تقرره القواعد العامة , ويقع عبء إثبات ذلك على المؤمن (شركة التـامين) , وذلك بإثبات السبب الإرادي للحادث أي أن المؤمن له قصد الفعل والنتيجة معا . وهذا ما نص عليه المشرع الأردني في المواد (٩٣٤ , ١/٩٤٣ , ١/٩٤٤) مـن القانون المدني الأردني وفي مشروع قانون التـامين لـسنة ٢٠٠٨ [٥]. كمـا أن

---

(١) السنهوري , **الوسيط** , ج ١ , مرجع سابق , ص ٩٨٢

(٢) جابر , **التأمين من المسؤولية** , مرجع سابق , ص ٢٠٢

(٣) المصدر نفسه , ص ٢٠٣

(٤) تمييز حقوق رقم ١٩٨٥/٨٠ , كذلك تمييز حقوق رقم ٨٥/٨٨

(٥) المادة ٧٤ , **مشروع قانون التأمين لسنة ٢٠٠٨** , مرجع سابق . وتنص على انه " يقع عقد التأمين باطلاً إذا كان الخطر المؤمن منه هو فعل المؤمن له القصدي المخالف للقانون أو النظام العام أو الآداب "

المشرع الليبي في تنظيمه للتأمين الإجباري من المسؤولية الطبيـــة نـــص عليـــه صراحة[١].

٢. الاستبعاد الإتفاقي (شرط الاستبعاد من التأمين) فالأصل أن للمتعاقـــدين حريـــة تحديد الخطر المؤمن منه ومدى الضمان الذي يلتزم به المؤمن وشروطه وذلـــك تطبيقا لمبدأ الحرية التعاقدية , وعدم مخالفة المحل للنظام العام والآداب . ومـــن صوره الاستبعاد المباشر أو الصريح ويقصد به الاتفاق في وثيقة التأمين صراحة على أن المؤمن لا يضمن خطرا أو أخطار معينه يتم الاتفاق عليها وتحديـــدها , ومثالها أن ينص المؤمن على أن العقد لا يغطي مسؤولية الطبيـــب المـــؤمن لـــه خارج حدود تخصصه المأذون قانونا بمزاولته , أو أن ينص المؤمن على أن العقد يغطي مسؤولية الطبيب المؤمن له عن نشاطه الذي يزاوله فـــي عيـــادة أو فـــي مستشفى معين , أو أن يقصر المؤمن الضمان على مسؤولية الطبيب العقديـــة أو التقصيريّة , فهذا يعد استبعادا للمسؤولية الأخرى[٢].

إن هذا النوع من الاستبعاد على قدر كبير من الخطورة , إذ أن إفراط المؤمن في فرضه على المؤمن له , يؤدي إلى عدم توفير حماية وضمان للمؤمن له , لـــذلك تحرص التشريعات والقضاء على توفير حماية مناسبة للمؤمن له من خلال فـــرض عدة شروط لصحة الاستبعاد الإتفاقي[٣].

إن عقد التأمين من المسؤولية الطبية يغطي المسؤولية المدنية عن كل أنـــواع الضرر التي تنتج عن النشاط الطبي للطبيب المؤمن لـــه , فيجـــوز إذاً للمـــريض أو لورثته المطالبة بتعويض تلك الأضرار سواء كانت جسدية أو مادية أو غيـــر ماديـــة

---

[١] المادة ٣١ , **قرار اللجنة الشعبية العامة رقم ٥٥٦ لسنة ١٩٩١ بشان تنظيم هيئة التأمين الطبي** , وتنص على انه " يجوز للهيئة الرجوع على المؤمن له بقيمة ما أدته من تعويض في الحالات الآتية: إذا حصل الـــضرر نتيجة فعل متعمد من المؤمن له ".

[٢] جابر , **التأمين من المسؤولية** , مرجع سابق , ص ص ٢٠٧-٢١٢

[٣] للتفصيل حول هذه الشروط , انظر : أبو عرابي , **أحكام التأمين** , مرجع سابق , ص ١٧٤ وما بعدها

(معنوية). ولقد نص المشرع الليبي صراحة على الأضرار التي يضمنها التأمين الإجباري من المسؤولية الطبية[١].

على ضوء ما سبق نستنتج أن عقد تأمين المسؤولية الطبية هو عقد ثنائي الأطراف يرتب التزامات على عاتق كلا من طرفيه ولكنه ينشئ حقوقا للغير , وبذلك يتضح أن عقد تأمين المسؤولية الطبية ينشئ ثلاث علاقات على النحو التالي :

أولا : علاقة المؤمن بالمؤمن له : هذه العلاقة ينظمها عقد التأمين الذي تم الاتفاق عليه بين المؤمن (شركة التأمين) والمؤمن له (الطبيب القائم على عملية التلقيح الصناعي) وحيث انه عقد تبادلي فانه يرتب التزامات في ذمة كل طرف .

١. **التزامات المؤمن (شركة التأمين)**: إن الالتزام الأساسي الملقى على عاتق المؤمن هو دفع مبلغ التامين إلى مستحقه , وهو التزام احتمالي إذ يتوقف على تحقق الخطر المؤمن منه , فيهدف تأمين المسؤولية إلى ضمان التعويض الذي يلتزم المؤمن له بدفعه[٢]. فيلتزم المؤمن بالضمان بمقدار ما تحقق من مسؤولية على المؤمن له من غير زيادة أو نقصان , بشرط أن لا يزيد عن المبلغ المتفق عليه في عقد التأمين.

وعليه فالمؤمن يضمن في مسؤولية الطبيب القائم بالتلقيح الصناعي , نتيجة الضرر الذي وقع على المريض بسبب خطأ مهني من الطبيب , سواء وقع هذا الخطأ في الفحص أو في التشخيص , أو أثناء عملية التلقيح (خلط محتوى الأنابيب) , أو وقع الضرر بعد العملية في الرقابة .

يتحدد التزام المؤمن بالضمان بمجرد وجود مطالبة قضائية أو ودية للمؤمن له , فلا يستطيع المؤمن له الرجوع إلى المؤمن مهما كانت جسامة الضرر الذي أحدثه للغير إذا لم يقم المضرور بمطالبته بدين التعويض عن هذا الضرر , فيلتزم

---

[١] المادة ٢٩ , **قرار اللجنة الشعبية** , مرجع سابق . وتنص على انه " تلتزم الهيئة بتغطية المسئولية المدنية الناجمة عن الوفاة أو أية إصابة بدنية أو أي ضرر مادي أو معنوي يلحق بأي شخص بسبب خطأ من الأخطاء المهنية الناشئة عن ممارسة المهن الطبية والمهن المرتبطة بها "

[٢] سليمة , **تأمين المسؤولية** , مرجع سابق , ص ٣٣

المؤمن بالتعويض المحكوم به للمضرور كما يلتزم أيضا بالمصروفات التي يتكبدها المؤمن له في دعوى المسؤولية ويدخل ضمن هذه المصروفات أتعاب المحاماة ومصاريف الخبراء[١]. وتكون المطالبة ودية عندما المضرور إلى مطالبة المؤمن له المسؤول بالتعويض عما أحدثه من ضرر وتكون هذه المطالبة بإنذار على يد محضر أو شفاهة أو بواسطة خطاب يرسله له , أو بأية وسيلة أخرى يبدي من خلالها المضرور رغبته في الحصول على حقه في التعويض أيا كان شكل هذه الوسيلة , فالمهم أن تكون هذه الوسيلة صريحة لا لبس فيها , وان يتمكن المؤمن له من إثبات وقوعها , فلا يوجد ما يمنع من أن يتفق المؤمن له والمضرور على تسوية ودية للمسؤولية الناجمة عن الحادث الذي تسبب به للمؤمن له[٢]. وتكون المطالبة قضائية , إذا لم يستجب المؤمن له للتسوية الودية , وذلك في الأحوال التي يلجا فيها الغير المضرور إلى رفع دعوى المسؤولية المدنية " دعوى الضمان " على المؤمن له المسؤول عن الضرر ومطالبته بتعويض الضرر الذي لحق به , ويكون الحكم الصادر في هذه الدعوة حجة على المؤمن له , ودليلا على مسؤوليته[٣].

لقد نص عليه المشرع الأردني على أن مطالبة المضرور للمؤمن له هو الذي ينشا التزام المؤمن في التأمين من المسؤولية[٤]. وأيدته بعض أحكام محكمة التمييز الأردنية[٥].

---

[١] عبدالرحمن , فايز احمد , **اثر التأمين على الالتزام بالتعويض** , ط١ , دار المطبوعات الجامعية , الإسكندرية , ٢٠٠٦ , ص ١٧٨

[٢] أبو عرابي , **أحكام التأمين** , مرجع سابق , ص ٣٦٧

[٣] النعيمات , **النظرية العامة للتأمين** , مرجع سابق , ص ١١١

[٤] المادة ٩٣٠ , **القانون المدني الأردني** , مرجع سابق . وتنص على انه " لا ينتج التزام المؤمن من أثره في التأمين من المسؤولية المدنية إلا إذا قام المتضرر بمطالبة المستفيد بعد وقوع الحادث الذي نجمت عنه هذه المسؤولية .

[٥] تمييز حقوق رقم ١٩٨٦/٢١ تاريخ ١٩٨٦/٣/٢٦ , **منشورات مركز عدالة** , مرجع سابق . وجاء فيه " إن الدعوى التي يقيمها المؤمن له على شركة التأمين لتأدية التعويض الذي يستحقه المضرور من استعمال السيارة لا تكون مقبولة من صاحب السيارة المؤمنة إلا إذا طالب المضرور صاحب السيارة وديا او قضائيا بعد وقوع الحادث بتأدية التعويض وعليه فان صاحب السيارة المؤمنة لا يستطيع إقامة الدعوى قبل أن يطالبه المضرور بالتعويض عن الضرر الذي لحقه من استعمال السيارة المؤمنة.....".

٢. **التزامات المؤمن له (المسؤول):** تشكل التزامات المؤمن له عبئاً عليه , يتعين أن ينفذها بحسن نية , وهذا ما أشارت إليه المادة ٩٢٧ من القانون المدني الأردني[١]. فيلتزم المؤمن له (وهو كل من يمارس إحدى المهن الطبية , أو المهن المرتبطة بها وهنا هو الطبيب القائم على التلقيح الصناعي) قبل وقوع الضرر المادي أو المعنوي بدفع القسط في المواعيد المتفق عليها والمحددة بالعقد , ويطلق على هذا القسط مقابل التامين . فهو ما يدفعه المؤمن له لقاء تغطية المؤمن (شركة التامين) للخطر المؤمن منه طيلة فترة العقد, مقابل تحمل الشركة تبعة المسؤولية الناجمة عن الأضرار التي تلحق بالأشخاص (المرضى) بسبب خطأ من الأخطاء المهنية الناشئة عن العمل الطبي ويعد هذا القسط بمثابة ثمن للخطر وبالتالي محل الالتزام الرئيسي للمؤمن له كما انه سبب التزام المؤمن بالضمان ويتم تحديد مقداره باتفاق بين الطرفين[٢]. وقد أشار المشرع الأردني إلى هذا الالتزام في المادة ١/٩٢٧ من القانون المدني المشار إليها سابقا . كما ويلتزم المؤمن له بتقديم بيانات صحيحة متضمنة الوقائع الجوهرية لمحل عقد التأمين الطبي المتمثل بالخطر , ويجب إعلام شركة التأمين بجميع المعلومات التي تمكنها من تقدير الخطر , أي على طالب التامين أن يدلي بكل البيانات الموضوعية والشخصية الضرورية التي تمكن المؤمن من معرفة حقيقة الخطر المؤمن منه , وغاية المؤمن له من التامين , وهذا ما أشار إليه القانون المدني في المادة ٢/٩٢٧ منه المشار إليها سابقا . ومن التزامات المؤمن له هو إخطار المؤمن بتحقق الخطر المؤمن منه لما للإخطار من أهمية للطرفين , والذي غفل المشرع الأردني على النص عليه في مواد القانون المدني إلا انه عاد في مشروع قانون التامين لسنة ٢٠٠٨ وإدراكا منه بأهمية هذا الالتزام افرد له المواد(٣٤-٣٩) من المشروع والتي جاءت تحت عنوان الالتزام عند تحقق الخطر[٣].

---

[١] المادة ٩٢٧ , **القانون المدني الأردني** , مرجع سابق .

[٢] أبو عرابي , **أحكام التأمين** , مرجع سابق , ص ٣١٨

[٣] المصدر نفسه , ص ٣٣١

أما إذا اخل المؤمن له بالالتزامات السابقة كان جزاؤه الفسخ طبقـا للقواعـد العامة أو بحسب جسامة الإخلال[١]. فالمشرع الأردني جعل جزاء إخلال المؤمن لـه بالتزامه الإدلاء بالبيانات الجوهرية هو الفسخ (وليس البطلان) , سواء أكان الإخـلال بحسن أو بسوء نية , مع فارق بسيط انه في حالة المؤمن له سيء النية , يكون الفسخ مصحوبا بالحكم للمؤمن بالأقساط المستحقة قبل طلب الفسخ. أما جزاء الإخلال بـدفع القسط فقد خلا القانون الأردني لأية إشارة عند امتناع المؤمن له عن سداد القسـط , فيتعين الرجوع للقواعد العامة , ووفقا للقواعد العامة فليس أمام المؤمن إلا أن يطالب بالتنفيذ العيني جبرا عن إرادة المؤمن له ويتم ذلك عن طريق القضاء , أو أن يطالب بفسخ العقد مع التعويض إن كان له مقتضى[٢].

ثانيا : علاقة المضرور بالمؤمن : وفقا للقواعد العامة لا يرتب العقد حقا لغير طرفيه أو خلفهما العام أو الخاص , إلا إذا اشترط المتعاقدان أن هذا الحق لمصلحة الغير . ففي عقد تأمين المسؤولية الطبية يضمن المؤمن حصول الغير على التعويض المناسب اللازم لجبر الضرر[٣] . فالمضرور في نطاق المسؤولية الطبية يعد أجنبيا عن عقد التأمين من هذه المـسؤولية , وهـذا الوضع يحول دون رجوعه على المؤمن في حالة عدم استطاعته الحصول على حقه من المؤمن له , ولا يمكن ذلك إلا عن طريق الدعوى غير المباشرة استعمالا لحق مدينه محدث الضرر[٤]. فالمضرور يستعمل في ذلك حق المؤمن له قبل المؤمن إذا أهمل أو تقاعس عن المطالبة بحقوقه

---

[١] المادة ١/٩٢٨ , **القانون المدني الأردنـي** , مرجع سابق . وتنص على انه " إذا كتم المؤمن له بسوء نيـة أمراً أو قدم بياناً غير صحيح بصورة تقلل من أهمية الخطر المؤمن منه أو تؤدي إلى تغيير في موضوعه أو إذا أخل عن غش بالوفاء بما تعهد به كان المؤمن أن يطلب فسخ العقد مع الحكم له بالأقساط المستحقة قبـل هـذا الطلب .

[٢] المادة ٢٤٦ , **القانون المدني الأردني** , مرجع سابق . وتنص على انه " ١- في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد أعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه. ٢- ويجوز للمحكمة أن تلزم المدين بالتنفيذ للحال أو تنظره إلى اجل مسمى ولها أن تقضي بالفسخ وبـالتعويض في كل حال إن كان له مقتضى "

[٣] سليمة , **تأمين المسؤولية المدنية** , مرجع سابق , ص ٣٥

[٤] الحياري , **المسؤولية المدنية** , مرجع سابق , ص ١٨٦

التي لدى الغير , حيث يباشر الدائن المضرور بنفسه حقوق مدينة المسؤول نيابة عنه , لأجل الحفاظ على ضمانه العام تمهيدا للتنفيذ بحقه بعد ذلك[١].

ثالثا : علاقة المؤمن بمحدث الضرر : في هذا الفرض لا يكون المؤمن له هو الذي صدر عنه الخطأ , لكنه يكون مسؤولا عن الفعل الخاطئ الصادر من الغير , ويتحقق ذلك (في التلقيح الصناعي) في مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه . فالمؤمن لا يستطيع الرجوع إلى الأشخاص الذي عددتهم المادة ٩٢٦ من القانون المدني الأردني إلا إذا كان الفعل الذي نتج عنه الضرر متعمدا[٢]. فالمؤمن يجوز له الرجوع إلى محدث الضرر على أساس دعوى الحلول محل المؤمن له .

أما إذا اشترك مع المؤمن له في إلحاق الضرر بالمتضرر , فالأصل أن المؤمن غير ملزم بضمان مسؤوليته , كونه ليس مؤمنا له , غير أن افتراض القانون وجود تضامن بين المدنيين بالتعويض عن الضرر , أدى إلى التزام المؤمن بضمان تعويض المتضرر عما لحقه من ضرر , ولما كان للمدين المتضامن الحق في الرجوع إلى الدائنين الآخرين بنسبة نصيبهم في الدين , ولما كان للمؤمن الحق في الحلول محل المؤمن له في الرجوع إلى المتسبب في الضرر , فان للمؤمن الحق في الرجوع إلى هذا الغير المسؤول بما يكون قد أداه نيابة عنه من تعويض للمتضرر , وذلك بمقتضى دعوى الحلول التي تستهدف الحيلولة دون أن يفلت هذا الشخص من المسؤولية[٣].

ويمكن القول أن التأمين من المسؤولية المدنية وبالأخص التأمين من المسؤولية الطبية جيد وبه ضمانة وحماية حقيقية للمضرور ويستطيع الوصول إليها ، بحيث لا تختلف إجراءاتها عن أي حادث عادي ، ولكن يجب أن يلزم من يمارس المهنة الطبية بدفع الأقساط المترتبة عليه قبل وقوع الضرر حتى تتمكن شركة التأمين من دفع التزامها اتجاه المضرور عند وقوع الحادث الطبي، حيث أنها تلتزم سواء كان ذلك عن طريق دعوى المسؤولية أو بطريقة ودية بمقدار ما

---

[١] النعيمات , **النظرية العامة للتأمين** , مرجع سابق , ص ٣٠٢

[٢] المادة ٩٢٦ , **القانون المدني الأردني** , مرجع سابق . وتنص على انه " يجوز للمؤمن أن يحل محل المؤمن له بما دفعه من ضمان عن ضرر في الدعاوى التي تكون للمؤمن له قبل من تسبب في الضرر الذي نجمت عنه مسؤولية المؤمن ما لم يكن من أحدث الضرر غير المتعمد من أصول وفروع المؤمن له أو من أزواجه وأصهاره أو ممن يكونون له في معيشة واحدة أو شخصاً يكون المؤمن له مسؤولاً عن أفعاله.

[٣] النعيمات , **النظرية العامة للتأمين** , مرجع سابق , ص ٤٠٣

تحقق من مسؤولية على الطبيب المؤمن لديها ، وعليه فإن الشركة تضمن في المسؤولية المدنية للطبيب ، نتيجة الضرر الذي وقع على المريض بسبب خطأ من الطبيب أو الجراح ، ويشمل كذلك ما ينجم عن الآلات والأجهزة الطبية وغيرها ، وأيضًا الطالب المتمرن الذي يمارس المهنة عند مساعدته للطبيب بناء على طلب الأخير، ولكن يجب علينا أن نراعي النتائج السلبية التي يمكن أن تنتج عن هذا التأمين ، حيث أنها قد تجعل الطبيب غير مبالي أحيانًا أثناء قيامه بالعلاج الطبي ولا يتوخى الحيطة والحذر الشديدين، ولذلك لتجاوز هذه الإشكالية يمكن أن نجعل الطبيب يتحمل جزء من قيمة التعويض وشركة التأمين تتحمل الجزء الآخر . وهذا النظام مطبق حاليًا في الإمارات العربية المتحدة (نظام التأمين ضد المسؤولية عن الأخطاء الطبية[١]) حيث أنه يلزم صاحب المنشأة بالتأمين على مزاولي المهنة لديه عن مسؤولية الأخطاء الطبية، وتتحمل شركة التأمين نسبة ٨٠% من قيمة قسط التأمين السنوي ، ويتحمل مزاول المهنة باقي قيمة هذا القسط ،كما يلزم هذا النظام صاحب المنشأة بالتأمين على مزاولي المهنة ضد المخاطر الناجمة عن ممارسة المهنة أو بسببه [٢].

لقد تناول مشروع قانون المسؤولية الطبية[٣] التأمين الإلزامي لجميع الأطباء والمنشآت الصحية من المسؤولية الطبية , وحضر مزاولة المهنة دون الاشتراك في هذا التأمين والذي يسمى (التأمين ضد المخاطر الناجمة عن ممارسة المهنة) , كما حمل كل منشأة طبية تستقبل طبيبا زائرا مسؤولية التعويض عن خطئه الطبي مع الاحتفاظ بحقها في الرجوع عليه بالتعويض , وبين مشروع القانون أيضا بان المنشاة الصحية تتحمل ٨٠% من قسط التأمين ويتحمل مزاول المهنة بقية قيمة القسط , كما نص القانون على أن ينشأ في نقابة الأطباء صندوق خاص باسم صندوق ضد مخاطر المهنة وتوضع له تعليمات خاصة يتم خلاله اشتراك جميع الأطباء الممارسين داخل المملكة باشتراك سنوي تحدد قيمته بالتعليمات الصادرة عنه, يتحمل هذا

---

[١] القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٨ , بشان المسؤولية الطبية .

www.jurists.ae/content.asp?contentid=209

[٢] المادة ٢٦ , **القانون الاتحادي بشان المسؤولية الطبية** , مرجع سابق . وتنص على انه " يلتزم صاحب المنشأة بالتأمين على مزاولي المهنة العاملين لديه عن مسؤولية الأخطاء الطبية ويتحمل نسبة ٨٠% كحد أدنى من قيمة قسط التأمين السنوي ويتحمل مزاول المهنة باقي قيمة هذا القسط. . كما يلتزم بالتأمين عليهم ضد المخاطر الناجمة عن ممارسة المهنة أو بسببها ويتحمل صاحب المنشأة كامل قسط التأمين على العاملين لديه في هذه الحالة ".

[٣] المادة ٨ , **مشروع قانون المسؤولية الطبية لسنة ٢٠٠٩** , مرجع سابق

الصندوق ما نسبته ٨٠ % من قيمة التعويض بدل الضرر الذي يقرره القضاء أو اللجنة الطبية على الطبيب لأول مرة وإذا تكرر الخطأ فان الطبيب يتحمل ٥٠ % وفي الحالة الثالثة يتحمـــل ٢٥ % وفي الحالة الرابعة يفصل الطبيب من هذا الصندوق ويلزم بالاشتراك بـــشركة تـــأمين خاصة , تحدد قيمة التعويض بدل الضرر عن الخطأ الطبي بما قيمته (٥٠٠٠٠) خمسون ألـــف ديناراً كحد أعلى.

الخاتمة

بعد كل الذي بينته في المسؤولية المدنية للطبيب الناجمة عن التلقيح الصناعي فإنــه لا مجال إلا بالاعتراف بعدم سهولة وضع خاتمة لهذه الدراسة بسبب دقة البحث وحساسيته ، وكون الطبيب الذي كنا بصدد البحث في مسؤوليته الطبية هو إنسان بكل مدلولات هذه الكلمة ، ويمتلــك كل مواصفات الإنسانية ، ولذلك تعتبر مهنة الطب مهنة المتاعب والمصاعب ، وتنطــوي علــى مخاطر مادية وشخصية للطبيب والمريض ، وإن كل ما يتعامل معه الطبيب هو إنسان آخر مثله له أحاسيسه ومشاعره وبالرغم من كل ذلك فإن عمل الطبيب يستوجب مسائلته عند ارتكابه للأخطاء.

رغم الصعوبات التي واجهتها في هذا الموضوع وخاصة أن معظم القوانين العربية ومنها الأردني لا تتضمن نصوصا عامة بموضوع المسؤولية الطبية ،أو نصوصا خاصــة بالتقنيــات الطبية المساعدة على الإنجاب , ولا يوجد في الأردن إلا قرارات قليلة جدًا صادرة عن المحــاكم بخصوص المسؤولية الطبية بشكل عام , فقد حاولت من خلال دراستي هذه أن أتناول الجوانــب الهامة فيما يتعلق بالمسؤولية المدنية للطبيب الناجمة عن التلقيح الصناعي ، ففي البداية تعرضت إلى الطبيعة القانونية للتلقيح الصناعي , وموقف التشريعات من الإنجاب , وكان من الضروري معرفة شروط التلقيح الصناعي بالنسبة إلى أطراف عملية التلقيح الصناعي (الزوجين , الطبيب , مراكز التلقيح) وهذه الشروط تم استخلاصها من قوانين المسؤولية الطبية وقوانين التقنيــات الطبية المساعدة على الإنجاب , ومن نتائج المؤتمرات والمجامع الفقهيــة وأراء الفقهــاء , ثــم تناولت أنواع التلقيح الصناعي وهي : التلقيح الصناعي الداخلي الذي يتم عن طريــق إدخــال الحيوانات المنوية الذكرية إلى الرحم مباشرة , والتلقيح الصناعي الخارجي والذي يتم عن طريق تلقيح البويضة بالحيوانات المنوية في وعاء خارجي تحت ظروف معينة في المختبــر وبعــدها إعادة الأجنة إلى الرحم , وبينت صور التلقيح الخارجي . وكان من الضروري أن أبين موقــف التشريعات والقضاء والفقه من أنواع التلقيح الصناعي وصوره التي تتم بين الــزوجين أو بــين الزوجين وشخص ثالث .

كما وإنني أفردت جزءًا كبيرًا لأركان المسؤولية المدنية للطبيب الناجمــة عــن التلقــيح الصناعي وعرضت شروط قيام المسؤولية حيث تم تناولها بشكل مفصل وهي :الخطــأ الطبــي (الإضرار) والضرر وعلاقة السببية، وتم عرض الخطأ بشكل عام لغة وقانونًا وتعريف الخطأ الطبي(الفعل الضار) وموقف المشرع الأردني الذي يقيم المسؤولية على أساس الضرر ولــيس الخطأ ، والخطأ الطبي يتعلق بانحراف الطبيب عن سلوكه وإخلاله بواجبه في بذل العناية اليقظة .

وانتقلت إلى التدرج في الخطأ الطبي حيث أن الطبيب يسأل عن كل أخطائه التي يرتكبها اتجـــاه مريضه بشرط ثبوتها ثبوتًا كافيًا، وبالنسبة للمعيار الذي يقاس به الخطأ الطبي هو معيـــار فنـــي بحيث يقاس بسلوك طبيب مثله وجد في نفس الظروف التي وجد بها المخطأ، وبين أيضا المقصود بالعادة الطبية والممارسات الطبية العلمية , وكذلك تناولت بعض صور الأخطاء الطبية الناجمـــة عن عملية التلقيح الصناعي سواء الأخطاء قبل تنفيذ العملية أو أثناء إجرائهـــا (خلـــط محتـــوى الأنابيب) أو بعد الانتهاء من عملية التلقيح الصناعي .

وبعد ذلك انتقلت إلى الضرر الناجم عن الخطأ في التلقيح الصناعي وأنواعه كالأضرار المادية والأضرار المعنوية , وقد بينت الضرر عن تفويت الفرصة وحرمان الزوجيين مـــن أن يصبحا أبوين , وبعدها الشرط الثالث وهو علاقة السببية بين الخطأ والضرر ونظريات علاقـــة السببية , ومعرفة المباشرة والتسبب في التلقيح الصناعي , كما تناولت نفي علاقة السببية بـــين الخطأ والضرر .

وأخيرًا تم تناول آثار المسؤولية المدنية للطبيب الناجمة عن التلقيح الصناعي من حيـــت دعوى التعويض وأطرافها (المضرور والمتسبب) ومن هم الأشخاص إلي يجوز لهم المطالبة بالتعويض عن الضرر الناجم في التلقيح الصناعي , كما وبينت طرق التعويض ووقت التعويض الذي يستطيع المضرور المطالبة به , .واستقرت الدراسة على أن المريض يستحق التعـــويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء الخطأ في التلقيح الصناعي ، وأخيراً تناولت الاتفاقيـــات المعدلة لأحكام المسؤولية المدنية (العقدية والتقصيريّة) والاستثناءات الواردة في التشريعات وفي الفقه وكان من الضروري بيان أحكام تامين المسؤولية الطبية والنتائج المترتبة عليها .

وفي النهاية يمكن القول أنه ومع الإقرار والاعتراف بمسؤولية الطبيب المدنية الناجمة عن أخطائه في التلقيح الصناعي فلا يجب أن يتولد لديه الشعور بالرهبة والخوف وعـــدم الطمأنينـــة والتهديد بالتعويض ، والذي يؤدي بالنهاية إلى اعتكاف الأطباء عن عملهم ، وعليـــه أن يـــشعر بالحرية والأمان في عمله وأن يكون هنالك قانون واضح يوفر له الحماية الكاملة ، ويجب أن يكون هنالك توازن بين حماية الطبيب وحماية المريض بشكل كامل.

النتائج

بعد أن انتهيت من دراسة المسؤولية المدنية للطبيب الناجمة عن التلقيح الصناعي خرجت من هذه الدراسة باستخلاصات ونتائج هامة .

١. أن الشريعة الإسلامية عنيت بالإنجاب وحث علية القران الكريم والرسول (ص), حتى أن التشريعات ومنها الدستور الأردني وقانون الأحوال الشخصية أعطى أهمية للأسرة والإنجاب , ناهيك عن أن الأردن انضم إلى الاتفاقيات الدولية التي تتحدث عن الأسرة والزواج , وخلصت إلى أن الإنجاب لا يتعدى كونه مجرد رخصة أو حرية لصاحبه لإشباع رغبته في الإنجاب , دون أن يترتب عليه التزام بذلك. والإنجاب باعتباره مجرد رخصة له شكل ايجابي يتجسد في حريته في إنجاب طفل أو أكثر وتأسيس أسره وتكوينها , وأخر سلبي يتجسد في حريته في عدم الإنجاب , دون أن تفرض الدولة على احد أن ينجب إذا كان لا يرغب في ذلك , ولا يملك هو إجبار الدولة على تمكينه من الإنجاب.

٢. إن شروط التلقيح الصناعي التي نصت عليها التشريعات المقارنة , كانت في اغلبها تتحدث عن التلقيح بين الزوجين , فاشترطت قيام العلاقة الزوجية بين الطرفين , أو قيام علاقة لا تقل عن مدة من الزمن لإجازة التلقيح الصناعي , كما اشترطت الرضا ويجب أن يكون هذا الرضا مكتوبا لكي ينتج آثاره , كما اشترط التشريع والفقه شروطاً بالنسبة لمكان إجراء عملية التلقيح , وان تكون هناك مراكز مرخصة وان يكون الطبيب أخصائياً في النسائية والتوليد.

٣. لقد خلصت إلى عدم مشروعية التلقيح الصناعي بعد انتهاء العلاقة الزوجية بالوفاة , وذلك استناداً إلى انتهاء العلاقة الزوجية التي هي الأساس الشرعي للإنجاب , والى انتفاء الغرض العلاجي في هذه الحالة , كما أن الحمل والإنجاب بعد الوفاة يثير كثير من الشك والريبة حول الأم , ناهيك عن أن الأم حكمت مسبقا على الطفل أن يولد يتيماً بإرادتها الحرة , وحرمانه من حق الأبوة وان يكون له أب . بالإضافة إلى أن تجميد الأجنة فيه امتهان للإنسانية , لما فيه من تشبيه للإنسان بالشيء , على الرغم أن التشريعات الغربية أجازت هذه الحالة , وقد استندوا في ذلك كون التبني جائز فمن باب أولى انه يجوز تلقيح الزوجة من حيوانات زوجها المتوفى.

٤. إما النسبة لنوعي التلقيح الصناعي الداخلي والخارجي , فقد ثارت إشكالية عند تدخل طرف ثالث متبرع في عملية التلقيح , سواء كان هذا المتبرع بالبويضة أو الحيوان المنوي أو المتبرعة بالحمل , فبعض التشريعات والفقهاء حرم هذه الطريقة والبعض الآخر أجازها , وكان هناك دور كبير للمحاكم الفرنسية في هذا الموضوع , أما بالنسبة للحمل لحساب الغير (الحمل الظئر أو استئجار الأرحام) , فقد أثار إشكالا حول من هي الأم فانقسم الفقهاء إلى فريقين فريق يؤيد الأم صاحبة البويضة , وفريق آخر يؤيد أن الأم هي صاحبة البويضة وكان لكل منهما حججهم وآرائهم.

٥. لازالت المسؤولية المدنية للطبيب عامة , فلا يوجد نصوص متخصصة في مسؤولية الطبيب في الأردن ومعظم البلاد العربية , فكان لا بد من الرجوع إلى الأحكام العامة في المسؤولية , فلم ينص المشرع الأردني على نوع مسؤولية الطبيب (عقدية أم تقصيرية). وان التزام الطبيب في التلقيح الصناعي هو التزام ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة , فالطبيب لا يلتزم في حالة التلقيح الصناعي بتحقيق نتيجة معينة , فهو لا يلتزم بتحقيق الحمل , وإنما يلتزم فقط ببذل العناية اللازمة لإتمام عملية التلقيح بنجاح ,

٦. إن القانون الأردني أقام المسؤولية على الفعل الضار وليس الخطأ , تأثرا منه بالفقه الإسلامي . وتبين لنا أن مفهوم خطأ الطبيب في التلقيح الصناعي هو خروج الطبيب المختص بإجراء التلقيح الصناعي في سلوكه على القواعد والأصول الطبية التي يقضي بها العلم الحديث أو المتعارف عليها نظريا وعمليا وقت تنفيذه لهذه الأعمال , أو إخلاله بواجبات الحيطة واليقظة التي يفرضها القانون متى ترتب على خطئه ضرر أصاب المريض الذي اجري له مثل هذا العمل.

٧. يعتبر الخطأ في التشخيص من الأخطاء الطبية التي توجب مسؤولية الطبيب في التلقيح الصناعي , فمحكمة التمييز الأردنية أقامت المسؤولية على الخطأ في التشخيص , ويجب على الطبيب كذلك تبصير الزوجين بالمخاطر المرتبطة بالتلقيح الصناعي , ونسبة النجاح المتوقعة , وصحة الطفل . فإذا نجحت عملية الإنجاب الصناعي من الناحية الفنية , وكان الطبيب قد اخل بالتزامه بالتبصير

وترتب على ذلك بعض الآثار الضارة للزوجين , تكون مسؤولية الطبيب هنا تقصيرية لا عقدية كون الالتزام بالإعلام والتبصير هو التزام سابق على التعاقد.

٨. إذا نتج عن الخطأ في التلقيح خلطاً لمحتوى الأنابيب , كان لا بد من معرفة نسب الطفل من جهة أمه وأبيه , ووجدنا أن النسب للام يثبت بالولادة وبشهادة القابلة فقط , أما بالنسبة للأب فيجب الإقرار من الأب وعدم إنكار النسب.

٩. إن الأضرار التي تنتج عن عملية التلقيح الصناعي تتمثل في الأضرار الجسدية التي تقع على الزوجة كالتهتك الذي يصيب رحمها أو المبايض , أو قناة المني لدى الزوج , أما الأضرار المعنوية فتكون نتيجة إفشاء السر الطبي من قبل الطبيب , أو مركز زرع الأجنة الذي ينبغي عليهما المحافظة عليه . أو الضرر في تفويت الفرصة بان يصبح الزوجين أبوين وذلك بإتلاف الأجنة الملقحة.

١٠. انفرد المشرع الأردني بنص المادة ٢٥٧ من القانون المدني بالإشارة إلى التمييز بين مسؤولية المباشر ومسؤولية المتسبب في علاقة السببية تأثرا منه بالفقه الإسلامي , ونص على ضرورة إثبات السبب الأجنبي لنفي علاقة السببية, وكان المشرع الأردني موفقا بالنص على فعل الغير في قطع علاقة السببية وحسم الخلاف حول ذلك , وأن البحث في علاقة السببية وإثباتها وقطعها ضمن دائرة المسؤولية الطبية وخاصة في التلقيح الصناعي هي عملية شاقة وصعبة ومعقدة , لان أساس موضوعها جسم الإنسان والأجنة والبويضات , وهذه عملية محاطة بالكثير من الأسرار والغموض.

١١. نص القانون الأردني على أن الانتقال للحق في التعويض إلى ورثة المضرور المتوفى إنما يكون عن الضرر المادي فقط , أما التعويض عن الضرر الأدبي فلا ينتقل إلى الورثة إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم قضائي نهائي , وكذلك لدائني المضرور المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي دون الأدبي , أما الضرر الأدبي المرتد , فالقضاء الأردني قد توسع في دائرة الحكم بالتعويض للأزواج والأقارب عن الضرر الأدبي الذي أصابهم بسبب وفاة قريبهم , بحيث يشمل ذلك ما يشعرون به من الآلام النفسية والمعانة نتيجة لذلك , في حين انه يرفض وبإصرار تعويض المضرور نفسه في الإصابة الجسدية غير المميتة عن الألم النفسي والمعاناة التي يكابدها اثر ذلك .

١٢. إن التعويض في القانون الأردني إما أن يكون عينياً وإما أن يكون نقدياً, والأصل هو التعويض العيني وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر متى كان ذلك ممكنا , وللقاضي أن يحكم بذلك بناءاً على طلب المضرور. إلا أن الغالب أن يكون التعويض بمقابل , وبصفة خاصة على شكل نقدي .

١٣. المشرع المدني لم يترك للقاضي حرية تقدير التعويض حسب ميوله وأهوائه الشخصية , بل حدد له معايير يسير على هداها , فاوجب أن يقدر التعويض بمدى ما أصاب المضرور من ضرر , بحيث لا يزيد عنه ولا يقل , وألزم القاضي بتقدير التعويض وقت وقوع الضرر.

١٤. يجوز الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية إلا أن هناك استثناءات جاءت بنصوص قانونية مباشرة كحالتي الغش والخطأ الجسيم , كما أن الفقه يضيف حالة أخرى لا يجوز فيها الإعفاء هي حالة الأضرار الجسدية , أما في المسؤولية التقصيريّة فيقع باطلاً كل اتفاق على الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها.

١٥. إن السند القانوني في القانون الأردني لحظر شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية عن الأضرار الجسدية – باعتقادي – هو نص المادة ٤٨ من القانون المدني الأردني حيث جاء فيها " لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر.

١٦. يمكننا القول بوجود الأساس التشريعي للتأمين من المسؤولية الطبية والمتمثل في المادتين (٩٩) , (١٠٨/أ/٣) من قانون مراقبة أعمال التأمين رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٩ . كما أن تعليمات فروع وإجازات أعمال التأمين رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ قد بينت في المادة ٢ من أقسام أعمال التأمينات العامة وذكرت في البند الثاني التأمين الطبي وفي الثالث عشر تأمين المسؤولية العامة كنوعين من التأمينات

التوصيات

بعد إتمام دراستنا والحمد لله عن المسؤولية المدنية للطبيب الناجمة عن التلقيح الصناعي , أتقدم ببعض التوصيات المتواضعة التي خرجت بها, وذلك على النحو التالي:

١. نتمنى على المشرع الأردني أن يسارع إلى وضع تشريع ينظم أحكام المسؤولية الطبية , وذلك لمواكبة التشريعات في الدول المتطورة من جهة , ولتلافي عدم معالجة الأحكام العامة في المسؤولية الواردة ضمن القانون المدني لكل أنواع المسؤولية التي يمكن أن تنشا نتيجة الأخطاء التي يرتكبها الأطباء. وذلك بالانتهاء من صياغة قانون المسؤولية الطبية الذي مضى على تشكيل اللجنة الخاصة به عدة سنوات ، وما زالت الخلافات بين لجانه متواصلة دون الوصول إلى النتيجة المرجوة , وهي قانون المسؤولية الطبية الأردني ، وعليهم أن يستفيدوا ويتأملوا ما قامت به الجماهيرية الليبية من إصدار قانون المسؤولية الطبية الليبي رقم١٨ لسنة ١٩٨٦ وهو قانون جدير بالتقدير والاحترام لما يجري من أمور هامة متعلقة بقضايا ومسائل المسؤولية الطبية. وكذلك فقد تم إقرار قانون للمسؤولية الطبية في دولة الإمارات العربية المتحدة، ويسمى القانون الاتحادي رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٨ بشأن التأمين ضد المسؤولية عن الأخطاء الطبية وهذا القانون متطور وحديث ، ويحظر مزاولة المهنة الطبية بالدولة دون التأمين عن الأخطاء الطبية لدى إحدى شركات التأمين الموجودة بالدولة والمرخصة.

٢. من منافع التلقيح الصناعي هو تحقيق حلم الأمومة أو الأبوة إذا أراد الله نجاحها . لكن يمكننا القول أنه يتم اختصار رحلة العلاج والتي عادة ما تكون طويلة ، وهذا الأمر هو ما يزيد في نسبة ظهور وانتشار الأضرار المترتبة عن التلقيح الاصطناعي إذ يصبح المصابين بمرض العقم هدفا سهلا لعمليات النصب و الاحتيال , خاصة و إن كانوا لا يهتمون بالجانب المادي ، ففي غياب مراقبة عامة لاستعمال هذه التقنية ستعم الفوضى ، وبدلا من أن يجرب المريض أساليب العلاج التقليدية نسبيا , فانه يلجأ مباشرة لهذه العملية رغبة منه في عدم الانتظار الطويل , ونظرا لثقافة المجتمع الأردني والضغوطات الاجتماعية والنفسية التي تمارس على العاجز عن الإنجاب بصفة عامة ، و على المرأة بصفة خاصة ، بل قد يصل اليأس بالمريض إلى درجة اللجوء إلى أساليب غير قانونية وشرعية

بالتنسيق مع الطبيب , لاسيما وأنه تُجرى هذه العمليات في عيادات خاصة الأصل فيها أن لها اعتماد عام في مجال قطاع الصحة ، و نستبعد وجود اعتماد منفرد و خاص لها . ورغم أن المشرع الأردني لم يدعم هذه التقنية بأية نصوص قانونية فان الحاجة ضرورية على المشرع الأردني لإقرار قانون استخدام التقنيات الطبية المساعدة على الإنجاب , بعد الانجاز والتفوق على المستوى العربي في مجال التلقيح الصناعي وانتشار السياحة العلاجية في الأردن .

٣. أرى بضرورة وضع مواد قانونية تتحدث عن إجراءات اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي كما هو الحال في القانون الفرنسي , كضرورة إثبات صفة العقم لدى أحد الزوجين ، وأن يكون التلقيح الاصطناعي الوسيلة الأخيرة لحمل الزوجة , مع وجوب عرض طلب إجرائه على لجنة طبية مختصة في أمور الحمل و الولادة ، يكون بيدها هي الموافقة و السماح للزوجين بالخضوع لهذه العملية , دون أن ننسى حماية حقوق الزوجين , بإلزام اللجنة بتسبيب قرارها في حالة الرفض , كما هو معمول به في النظام الفرنسي ، بل يجب أيضا وضع نصوص تنظيمية محكمة تنظم عمل العيادات والمستشفيات بهذه التقنية من كل الجوانب البشرية والمادية و المالية , خصوصا من جانب التكاليف المتطلبة , فأولا وأخيرا هو علاج لمرض كغيره من الأمراض و ليس له هدف تجارى بالسعي وراء الربح.

٤. نتمنى على المشرع الأردني أن ينص على شروط التلقيح الصناعي , وان يشترط قيام العلاقة الزوجية , ويحرم التلقيح بعد انتهاء العلاقة الزوجية , وذلك خوفا من اختلاط الأنساب , وما لهذه العملية من نتائج سيئة على المجتمع.

٥. وإنني أرى مع غياب التنظيم التشريعي للتلقيح الصناعي , من حيث أحكامه وأثاره , خصوصا بعد انتشاره في الأردن , فالأفضل – في حالة تدخل المشرع – أن ينص على ضرورة إفراغ شرط الرضا في وثيقة مكتوبة وموقعة من قبل الزوجين , وتحفظ لدى الطبيب المعالج , والأفضل أن يكون الزوجين متواجدين في كل مرحلة من مراحل عملية التلقيح .

٦. أن الهدف من التعويض هو جبر الضرر , وهذا الهدف يحققه بشكل أفضل القول بان التعويض يجب أن يقدر وقت إصدار القاضي لحكمه وليس وقت وقوع الضرر , فنقترح على المشرع الأردني تعديل نص المادة ٣٦٣ ليكون

وقت تقدير التعويض حين صدور الحكم على تأخذ المحكمة بعين الاعتبار التغيير الحاصل في الأسعار سواء بالزيادة أو النقصان لما في ذلك من تحقيق التعويض الكامل للمتضرر.

٧. نتمنى على المحاكم الأردنية تفعيل نص المادة ٢٦٨ من القانون المدني الأردني , كون المحاكم لا تحكم للمضرور إلا بعد إحضار تقرير طبي قطعي.

٨. تكريس قواعد خاصة بالمسؤولية المدنية للطبيب تضع حدا للخلاف القائم على طبيعة هذه المسؤولية في الفقه والقضاء.

٩. نقترح على المشرع الأردني أن ينص صراحة على تعديل أحكام المسؤولية العقدية كالتشريعات المقارنة.

١٠. على المشرع الأردني أن ينص صراحة على عدم جواز الإعفاء من الأضرار التي تصيب الإنسان في جسده , كما جاء في نص المادة ١٣٩ من قانون الموجبات والعقود اللبناني , وأرى أن على واضعي مشروع المسؤولية الطبية الالتفات إلى مسألة الإعفاء من المسؤولية ، ووضع نص تشريعي خاص يحظر الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية في حالة الأضرار التي تلحق جسد الإنسان.

١١. اقترح أن يكون هناك نظام تأمين إلزامي على الأطباء من المسؤولية الطبية (وهو الاتفاق الذي يبرم بين الطبيب وشركة التأمين لتغطية مسؤوليته عن أعماله الطبية الضارة تجاه المريض أو بعض منها مقابل دفع قسط التأمين المتفق عليه وعند وقوع الخطر تلتزم الشركة بدفع مبلغ التعويض للمريض) حيث يلزم الطبيب بضرورة التأمين عن الأخطاء التي تصدر منه أثناء قيامه بممارسة المهنة , ويكون هذا التأمين لدى شركات متخصصة وملزمه بتغطية مسؤولية الأطباء عند قيامهم بالأعمال الطبية ، وهذا يسهل على المريض في الحصول على التعويض المناسب عما لحقه من ضرر نتيجة خطأ الطبيب.

وأخيرًا فكلي أمل أن تشكل رسالتي هذه ، عونا ومساهمة بسيطة ، تصلح للاستفادة منها في إعادة صياغة مشروع قانون المسؤولية الطبية الأردني , وكذلك في إقرار قانون التقنيات الطبية المساعدة على الإنجاب .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

المراجع

المصادر باللغة العربية بعد القران الكريم

أولاً : كتب الفقه الإسلامي واللغة العربية

- أنيس , إبراهيم , (١٩٦٠) . **المعجم الوسيط** . بدون طبعة , ج١ , القاهرة : بدون دار نشر .
- الجوزية , ابن القيم , (ت ٦٩١- ٧٥٢ هـ) , **الطب النبوي** , ط٥ , مؤسسة الرسالة , بيروت , ١٩٨٤
- الخفيف , علي , (١٩٧١) . **الضمان في الفقه الإسلامي** , القسم الأول , بدون طبعة , القاهرة : معهد البحوث والدراسات العربية .
- الخياط , عبدالعزيز , (١٩٨١) . **حكم العقم في الإسلام** . بدون طبعة , الأردن : مطابع وزارة الأوقاف .
- الزحيلي , وهبة , (١٩٨٣) . **نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي** . (ط١) , بيروت : دار الفكر المعاصر .
- الزرقا , مصطفى احمد , (١٩٨٨) . **الفعل الضار والضمان فيه** . (ط١) , بيروت : الدار الشامية للطباعة والنشر والتوزيع.
- الزرقا , مصطفى احمد , (٢٠٠٤) . **المدخل الفقهي العام** . (ط٢) , ج ٢ , دمشق , دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع .
- السيوطي , جلال الدين , (ت ٨٤٩هـ/١٤٤٥م) . **الجامع الصغير من حديث البشير النذير** , (تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد) مكتبة ومطبعة عيسى الحلبي , القاهرة , ١٤٠١هـ
- السيوطي , جلال الدين ,(ت ٨٤٩هـ/١٤٤٥م) . **سنن النسائي** , ط٢ , ج ٦ , (تحقيق عبدالفتاح أبو غدّه) , مكتب المطبوعات الإسلامية , حلب , ١٩٨٦ .

- الشنقيطي , محمد الأمين بن محمد بن المختار , (١٩٨٨) . **منهج التشريع الإسلامي وحكمته** . (ط٢) , المدينة المنورة : الجامعة الإسلامية .
- طنطاوي , محمد سيد , (١٩٨٨) . **تنظيم الأسرة ورأي الدين فيه** . بدون طبعة , القاهرة : وزارة الإعلام , الهيئة العامة للاستعلامات .
- عقلة , محمد , (١٩٨٩) . **نظام الأسرة في الإسلام** . (ط٢) , ج١ , عمان : مكتبة الرسالة الحديثة .
- الغزالي , أبي حامد محمد بن محمد , (١٩٨٦) . **إحياء علوم الدين** . بدون طبعة , ج٢ , بيروت : دار الكتب العلمية .
- الفيروز أبادي , مجد الدين محمد بن يعقوب (١٩٧٨) ، **القاموس المحيط** . بدون طبعة ، بيروت : دار الفكر.
- منصور , محمد خالد , (١٩٩٩) . **الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي** . (ط١) , عمان : دار النفائس

ثانياً : الكتب القانونية

- أبو عرابي , غازي خالد , (٢٠١١) . **أحكام التأمين** . (ط١) , عمان , دار وائل للنشر .
- أبو الليل , إبراهيم دسوقي , (١٩٨٠) . **المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق** . (ط١) , القاهرة : دار النهضة العربية .
- احمد , محمد لطفي احمد , (٢٠٠٦) . **التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وأراء الفقهاء** . (ط١) , الإسكندرية : دار الفكر الجامعي .
- البار , محمد علي , (١٩٨٦) . **طفل الأنبوب والتلقيح الصناعي** . بدون طبعة , جدة : دار العلم .
- باشا, حسان شمسي والبار, محمد علي , (٢٠٠٤) . **مسؤولية الطبيب بين الفقه والقانون** . (ط١) , دمشق : دار القلم .

- البيه , محسن عبدالحميد , (١٩٩٣) . **خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية** , بدون طبعة , الكويت : مطبوعات جامعة الكويت .
- باز , سليم رستم , (١٣٠٥هـ) . **شرح المجلة** . (ط٣) , بيروت : دار إحياء التراث العربي .
- التونجي , عبدالسلام , (١٩٧٦) . **المسؤولية المدنية (مسؤولية الطبيب في القانون المقارن)** . (ط١) , لبنان , دار المعارف .
- جابر , اشرف , (١٩٩٩) . **التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء** . بدون طبعة , القاهرة : دار النهضة العربية .
- جبر , عزيز كاظم , (١٩٩٨) . **الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيريّة** . (ط١) , عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع .
- الجبوري , ياسين محمد , (٢٠٠٦) . **المبسوط في شرح القانون المدني** . (ط١) , ج٢ , عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع
- حبيب, عادل جبري محمد , (٢٠٠٣) . **مدى المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بالسر المهني أو الوظيفي** . (ط١) , الإسكندرية : دار الفكر الجامعي .
- حسونة , عرفان بن سليم العشا , (٢٠٠٦) . **التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب** . (ط١) , بيروت : المكتبة العصرية .
- حنا , منير رياض , (١٩٨٩) . **المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة** . بدون طبعة , الإسكندرية : دار المطبوعات الجامعية .
- الحياري , احمد حسن عباس , (٢٠٠٦) . **المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص** . (بدون طبعة) , عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع .
- الخولي , محمد عبدالوهاب , (١٩٩٧) . **المسؤولية الجنائية للأطباء عن الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة** . (ط١) , القاهرة : دار النهضة العربية
- الدنون , حسن علي , (٢٠٠٦) . **المبسوط في شرح القانون المدني** . (ط١) , ج٢, عمان : دار وائل للنشر .

- ديات , سميرة عايد , (٢٠٠٤) . **عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشرع** . (ط١) , لبنان : منشورات الحلبي الحقوقية .
- الزعبي , عوض احمد , (٢٠٠٦) . **أصول المحاكمات المدنية** . (ط٢) , ج٢ , عمان , دار وائل للنشر .
- زغلول , بشير سعد , (٢٠٠٩) . **استئصال وزرع الأعضاء البشرية من الوجهة القانونية** . (ط١) , القاهرة : دار النهضة العربية .
- زهرة , محمد مرسي , (٢٠٠٨) . **الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية** . بدون طبعة , القاهرة : دار النهضة العربية .
- السباعي, زهير احمد والبار, محمد علي , (١٩٩٣) . **الطبيب أدبه وفقهه** , (ط١) , دمشق : دار القلم .
- السرحان , عدنان إبراهيم , خاطر , نوري حمد , (٢٠٠٥) . **شرح القانون المدني , مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)** . (ط١) , عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- السرحان , عدنان , (٢٠٠٠) . **مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي** . المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين , ج١ (المسؤولية الطبية) , بيروت , منشورات الحلبي الحقوقية .
- السعيد , كامل , (٢٠٠٢) . **شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات** . (ط١) . عمان : الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع
- سلامة , زياد احمد , (١٩٩٦) . **أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة** . (ط١) , عمان : الدار العربية للعلوم .
- سلطان , أنور , (١٩٨٧) . **مصادر الالتزام في القانون الأردني** . (ط١) , عمان , منشورات الجامعة الأردنية .
- سليمان , علي علي , (١٩٨٤) . **دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري** . بدون طبعة , الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية .

- سليمة , صلاح محمد , (٢٠٠٧) . **تأمين المسؤولية المدنيــة عــن أضــرار التلــوث البحري ودور نوادي الحماية والتعويض** . (ط١) , الإسكندرية : دار الفكر الجامعي .
- السنهوري , عبدالرزاق, (١٩٨١) . **الوسيط في شرح القانون المــدني** , ج١ , ج٢ , ج٧ , القاهرة , دار النهضة العربية .
- سوار ,محمد وحيد الدين , (١٩٩٦) . **النظرية العامة للالتزام** . (ط٨) , ج٢ , دمشق , مطبعة جامعة دمشق .
- الشلتاوي , محمد عبدالله , (١٩٩٢) . **إستجابة قانون العقوبات لمقتضيات التقدم العلمي في التخلص من أجنة أطفال الأنابيب** . (ط١) , القاهرة : دار النهضة العربية .
- الشيخ , بابكر , (٢٠٠٢) . **المسؤولية القانونية للطبيب** . (ط١) , عمان : دار الحامد.
- الصالحي , شوقي زكريا , (٢٠٠٦) . **الآثار المترتبة على التلقيح الصناعي** . بــدون طبعة , القاهرة : العلم والإيمان للنشر والتوزيع .
- الصالحي , شوقي زكريا , (٢٠٠١) . **التلقيح الــصناعي بــين الــشريعة الإســلامية والقوانين الوضعية** . بدون طبعة , القاهرة : دار النهضة العربية .
- الصغير , محمد صالح , (٢٠٠٤) . **المسؤولية المدنية الطبية في الشريعة الإســلامية والقانون الليبي** . (ط١) , طرابلس : المكتب الوطني للبحوث والتطوير .
- طلبة , أنور , (٢٠٠٥) . **المسؤولية المدنية (المــسؤولية العقديــة)** . (ط١) , ج١ , الإسكندرية : المكتب الجامعي الحديث .
- طه , محمود احمد , (٢٠٠٣) . **الإنجاب بين التجريم والمشروعية** . بــدون طبعــة , الإسكندرية : منشاة المعارف .
- طه , محمود احمد , (١٩٩٣) . **التعدي على حق الإنسان في ســرية اتــصالاته بــين التجريم والمشروعية** . بدون طبعة , القاهرة : دار النهضة العربية .
- العامري , سعدون , (١٩٨١) . **تعويض الضرر في المسؤولية التقــصيريّة** . بــدون طبعة , بغداد , منشورات مركز البحوث القانونية .

- عبدالحميد , ثروت , (٢٠٠٧) . **تعويض الحوادث الطبية** . بدون طبعة , القاهرة : دار الجامعة الجديدة .
- عبدالرحمن , حمدي , (١٩٨٧) . **معصومية الجسد** . بدون طبعة , القاهرة : دار النهضة العربية .
- عبدالرحمن , فايز احمد , (٢٠٠٦) . **اثر التأمين على الالتزام بالتعويض** . (ط١) , الإسكندرية : دار المطبوعات الجامعية .
- عبد السميع , أسامة السيد , (٢٠٠٧) . **التعويض عن الضرر الأدبي** . بدون طبعة , الإسكندرية : دار الجامعة الجديدة .
- عبدالكريم , مأمون , (٢٠٠٦) . **رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية** . بدون طبعة , الإسكندرية : دار المطبوعات الجامعية .
- عبد المجيد , رضا عبدالحليم , (٢٠٠٣) . **المسؤولية الطبية عن الخطأ في تشخيص تشوهات الجنين وأمراضه الوراثية** . (ط١) , القاهرة : دار النهضة العربية .
- عبيد , موفق علي , (١٩٩٨) . **المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني** . (ط١) , عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع
- عمران , السيد محمد السيد , (١٩٩٢) . **التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية** . بدون طبعة , الإسكندرية : مؤسسة الثقافة الجامعية .
- الفتلاوي , صاحب عبيد ,(١٩٩٧) . **التشريعات الصحية** . (ط٢) , عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع
- الفضل , منذر , (٢٠٠٢) . **التصرف القانوني في الأعضاء البشرية** . (ط١) , عمان , دار الثقافة للنشر والتوزيع .
- الفضل , منذر , (١٩٩٦) . **النظرية العامة للالتزامات , دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية (مصادر الالتزام)** . بدون طبعة , ج١ , عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع .

- قايد , أسامة عبدالله , (١٩٩٠) . **المسؤولية الجنائية للأطباء** . (ط٢) , القاهرة : دار النهضة العربية .
- قايد , أسامة عبدالله , (١٩٩٤) . **المسئولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة** . (ط٣) , القاهرة : دار النهضة العربية .
- القضاة , مفلح عواد , (١٩٩٢) . **أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي في الأردن** . (ط٢) , عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع .
- القيسي , عامر , (٢٠٠١) . **مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي** . (ط١) , عمان , دار الثقافة للنشر والتوزيع .
- اللهيبي , صالح احمد محمد , (٢٠٠٤) . **المباشر والمتسبب في المسؤولية التقصيريّة**. (ط١) , عمان : دار الثقافة .
- مأمون , عبدالرشيد , (بدون سنة) . **التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي** . بدون طبعة , القاهرة : دار النهضة العربية .
- مأمون , عبدالرشيد , (١٩٨٦) . **عقد العلاج الطبي بين النظرية والتطبيق** . بدون طبعة , القاهرة : دار النهضة العربية .
- محتسب الله , بسام , (١٩٨٤) . **المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق** . (ط١) , دمشق : دار الإيمان .
- المحمصاني , صبحي , (١٩٨٣) . **النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية** . (ط٣) , بيروت , دار العلم للملايين
- مرقس , سليمان, (١٩٧١) . **المسؤولية المدنية في تقنيات الدول العربية , القسم الأول , الأحكام العامة** . بدون طبعة , القاهرة : معهد البحوث والدراسات العربية .
- مرقس , سليمان , (١٩٩٨) . **الوافي في شرح القانون المدني** . (ط٥), ج٢ , في الالتزامات , المجلد الثاني في الفعل الضار والمسؤولية المدنية , القسم الأول في الأحكام العامة , بيروت , مكتبة صادر دار المنشورات الحقوقية.

- المعايطة . منصور عمر , (٢٠٠٤) . **المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية** . (ط١) , الرياض : منشورات جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية
- منصور , محمد حسين , (١٩٩٩) . **المسؤولية الطبية** . بدون طبعة , الإسكندرية : دار الجامعة الجديدة للنشر .
- النتشه , محمد بن عبدالجواد حجازي , (٢٠٠١) . **المسائل الطبية المستجدة في ضوء الشريعة الإسلامية** . (ط١) , ج١ , بريطانيا : سلسلة إصدارات الحكمة .
- نخلة ، موريس , (بدون سنة) . **الكامل في شرح القانون المدني** . بدون طبعة , ج٣ , بيروت : منشورات الحلبي الحقوقية .
- النعيمات , موسى جميل , (٢٠٠٦) . **النظرية العامة للتأمين من المسؤولية المدنية** . (ط١) , عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع .
- النقيب , عاطف , (١٩٨٤) . **النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي (الخطأ والضرر)** . (ط٣) , بيروت , منشورات عويدات .
- الهريش , فرج صالح , (١٩٩٦) . **موقف القانون من التطبيقات الطبية الحديثة** . (ط١) , بنغازي : الدار الجماهيرية للنشر
- هيكل , حسيني إبراهيم , (٢٠٠٦) . **النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية** . (ط١) , القاهرة : بدون دار نشر .

ثالثاً : الرسائل الجامعية

- ارتيمة , وجدان سليمان محمد , (١٩٩٤) . **الخطأ الطبي في القانون المدني الأردني** . رسالة ماجستير(غير منشورة) , الجامعة الأردنية , عمان , الأردن .
- الجراح , جهاد محمد , (٢٠٠٦) . **مسؤولية الفريق الطبي المدنية وفق أحكام التشريع الأردني** . رسالة دكتوراه (غير منشورة) , جامعة عمان العربية للدراسات العليا , عمان , الأردن .
- الدويك , محمد ربيع محمد , (٢٠٠٦) . **تقدير التعويض عن الضرر الجسدي** . رسالة ماجستير (غير منشورة) , الجامعة الأردنية , عمان , الأردن .

- الرواشده , سالم سليم صلاح , (٢٠٠٠) . **ضمان الضرر الجسدي في القانون المـــدني الأردني** . رسالة ماجستير (غير منشورة) , جامعة آل البيت , المفرق , الأردن .
- سالم , حبيبة سيف , (٢٠٠٥) . **النظام القانوني لحماية جسم الإنسان** . رسالة دكتوراه (غير منشورة) , جامعة عين شمس , القاهرة , مصر .
- عبدالمجيد , رضا عبدالحليم , (١٩٩٦) . **النظام القانوني للإنجاب الصناعي** , رســـالة دكتوراه (غير منشورة) , جامعة عين شمس , القاهرة , مصر
- عساف , وائل تيسير محمد , (٢٠٠٨) . **المسؤولية المدنية للطبيب** . رسالة ماجـــستير (غير منشورة) , جامعة النجاح , نابلس , فلسطين.
- علي , إيهاب يسر أنور , (١٩٩٤) . **المسؤولية المدنية والجنائية للطبيـــب** . رســـالة دكتوراه (غير منشورة) , جامعة القاهرة , القاهرة , مصر .
- العيسائي , عبدالعزيز مقبل , (١٩٩٨) . **شرط الإعفاء من المسؤولية المدنية في كـــل من القانون المدني الأردني واليمني** . رسالة ماجستير (غيـــر منـــشورة) , الجامعـــة الأردنية , عمان , الأردن .
- نصرة , احمد سليم فريز , (٢٠٠٦) . **الشرط المعدل للمسؤولية العقدية فـــي القـــانون المدني المصري** . رسالة ماجستير (غير منشورة) , جامعة النجاح , نابلس , فلسطين
- هلسه , أيمن أديب , (١٩٩٨) . **حلول المؤمن محل المؤمن له في الرجوع على الغير , المسؤول عن تحقق الخطر** . رسالة ماجستير (غير منشورة) , الجامعة الأردنية , عمان , الأردن .

رابعاً : الأبحاث القانونية

- أبو عرابي , غازي , (٢٠٠٨) . **مدى تغطية التامين الإجبـــاري للأضـــرار الجـــسدية الناشئة عن حوادث السيارات في القانونين الأردني والإماراتي.** مجلة الشريعة والقانون , جامعة الإمارات العربية المتحدة , العدد ٣٦ , تشرين أول , الإمارات العربية.
- أبو عرابي , غازي , (٢٠٠٨) . **المسؤولية المدنية** . محاضرات ألقيت علـــى طلبـــة الماجستير في الجامعة الأردنية (غير منشورة).

- البار , محمد علي , (١٩٨٦) . **التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب** . مجلة مجمع الفقه الإسلامي , جدة , ع٢ , ج١ , السعودية
- التميمي , رجب , (١٩٨٦) . **أطفال الأنابيب** . مجلة مجمع الفقه الإسلامي , جـــدة , ع٢ , ج١ , السعودية
- الجندي , محمد صبري , (٢٠٠٢) . **في ضمان الضرر الجسدي الناتج عن فعل ضار** . مجلة الحقوق والشريعة , جامعة الكويت , السنة ٢٦ , آذار , ع١ , الكويت.
- الزعبي , محمد يوسف , (١٩٨٧) . **مسؤولية المباشر والمتسبب في القانون المـــدني الأردني** . جامعة مؤتة , مجلة مؤتة للبحوث والدراسات , حزيران , العدد ٢ . الأردن
- عبدالله , هاشم جميل , (١٩٨٩) . **زراعة الأجنة في ضوء الشريعة الإسلامية** . مجلـــة الرسالة الإسلامية , وزارة الأوقاف العراقية , تموز , العدد ٢٢٩ , العراق
- الفاروق , عمر , (١٩٨٨) . **التلقيح الصناعي والقانون** . مجلـــة المحـــامون , نقابـــة المحامين , العدد ٥٣ , سوريا ,
- الفضل , منذر , (١٩٩٩) . **مجلة القانون** , نقابة المحامين الأردنيين , عمان , الأردن
- فهمي , أنيس , **العقم عند النـــساء** , مجلة العربي , الكويت , أيـــار ,ع ٣٢٠ , أيـــار , الكويت
- القاسم , محمد هشام , (١٩٨١) . **المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية** . مجلة الحقوق والشريعة . جامعة الكويت , السنة الخامسة , حزيران , العدد ٢ , الكويت .
- منصور , منصور مصطفى , (١٩٨١) . **حقوق المريض على الطبيب** . مجلة الحقوق والشريعة , جامعة الكويت , السنة الخامسة , حزيران , العدد ٢ , الكويت .

خامساً : المراجع الأجنبية

- Mazeaud , Henri et Léon , (1998) . **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle** . 6e edition , Paris : LGDJ / Montchrestien

- SNOWDEN R, G. D. MITCHELL ,(1984) **. La Famille artificielle : réflexions sur l'insémination artificielle par donneur** . Paris : Anthropos .

سادساً : الندوات والمؤتمرات

- المؤتمر الثاني لمجمع الفقهي الإسلامي , جدة , ٢٢-٢٨ كانون الأول ١٩٨٥ , مجموعة أبحاث وتوصيات المؤتمر , منظمة المؤتمر الإسلامي , جدة
- المؤتمر الثالث لمجمع الفقهي الإسلامي , عمان , ١١-١٦ تشرين الأول ١٩٨٦ , مجموعة أبحاث وتوصيات المؤتمر , منظمة المؤتمر الإسلامي , جدة
- ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام , الكويت , ٢٦ أيار ١٩٨٣ , مجموعة أبحاث وتوصيات المؤتمر , المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية , الكويت
- ندوة الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي , القاهرة , ٢٣-٢٤ تشرين الثاني ١٩٩٣ , مجموعة أبحاث وتوصيات المؤتمر , مركز بحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين , كلية الحقوق , جامعة القاهرة

سابعاً : الدوريات

- مجلة الشريعة والقانون . جامعة الإمارات العربية المتحدة , الإمارات العربية
- مجلة مجمع الفقه الإسلامي . منظمة المؤتمر الإسلامي , السعودية
- مجلة مؤتة للبحوث والدراسات . جامعة مؤتة , الأردن
- مجلة الرسالة الإسلامية . وزارة الأوقاف , العراق
- مجلة المحامون . نقابة المحامين , سوريا
- مجلة القانون . نقابة المحامين , الأردن
- مجلة العربي . دولة الكويت
- مجلة الحقوق والشريعة . كلية الحقوق , جامعة الكويت
- قرارات مجلس الإفتاء الأردني . دار الإفتاء العام , الأردن

ثامناً : المواقع الالكترونية

- www.academy.ly/vb/showthread.php?t=1782
- www.adaleh.com
- www.ahir.org.tn/arabic/convinter/Conventions/HTML/PactecivilPolitigue.htm
- www.aliftaa.jo
- www.amp-chu-besancon.univ-fcomte.fr/blefco/nouvelle_brochure_BLEFCO/loi94w1.htm
- www.arabhumanrights.org
- www.arabic.people.com.cn/200302/27/ara20030227_61506.html
- www.courdecassation.fr/agenda/arrets
- www.jurists.ae/content.asp?contentid=209
- www.ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/code_penal/partie_legislative_5.htm
- www.legislation.gov.uk/ukpga/22/2008
- www.lob.jo/View_LawContent.aspx?ID=193
- www.lowoflibya.com
- www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/12289619
- www.noticias.juridicas.com/base_datos/Derogadas
- www.opsi.gov.uk/acts/acts2008/ukpga_20080022_en_1
- www.parliament.gov.sy/ar/law.php
- www.un.org/Arabic/aboutun/humanr.htm
- www.updatejo.com/puplications/medicallow.html

تاسعاً : القوانين والأنظمة

أولا : القوانين والأنظمة الأردنية

- الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢
- القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦
- قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ وتعديلاته
- قانون البينات الأردني رقم (٣٠) لسنة ١٩٥٢ وتعديلاته
- قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨ وتعديلاته
- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٦١) لسنة ١٩٧٦م وتعديلاته
- قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان رقم (٢٣) لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقانون المؤقت رقم ٢٣/٢٠٠٠
- قانون الانتفاع بعيون الموتى لأغراض طبية رقم (٤٣) لسنة ١٩٥٦
- قانون الصحة العامة رقم (٤٧) لسنة ٢٠٠٨ .
- قانون مراقبة أعمال التامين رقم (٣٣) لسنة ١٩٩٩
- تعليمات فروع وإجازات التامين رقم (١) لسنة ٢٠٠٠
- قانون نقابة الأطباء الأردنية رقم (١٣) لسنة ١٩٧٢ .
- الدستور الطبي وواجبات الطبيب وآداب المهنة لسنة ١٩٨٩.
- مشروع قانون استخدام التقنيات الطبية المساعدة على الإنجاب لسنة ٢٠٠٧.
- مشروع قانون المسؤولية الطبية لعام ٢٠٠٩ والتعديلات الواردة عليه من قبل نقابة الأطباء
- مشروع قانون التامين لسنة ٢٠٠٨

ثانيا : القوانين والأنظمة الأخرى

- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨
- قانون الموجبات اللبناني الصادر سنة ١٩٣٢ وتعديلاته
- قانون الآداب الطبية اللبناني رقم ٢٨٨ /١٩٩٤
- قانون الأسرة الجزائري رقم ١١/٨٤ وتعديلاته
- قانون العقوبات الليبي رقم ١٧٥ لسنة ١٩٧٢ وتعديلاته .
- قانون المسؤولية الطبية الليبي رقم ١٧ لسنة ١٩٨٦
- قانون الصحة العامة الفرنسي رقم ٩٤/٦٥٤ وتعديلاته
- قانون آداب مهنة الطب الفرنسي رقم ٧٩/٥٠٦ وتعديلاته
- القانون المدني الفرنسي وتعديلاته
- قانون العقوبات الفرنسي وتعديلاته
- قانون تقنيات المساعدة على الإنجاب الاسباني رقم ١٩٨٨/٣٥
- قانون الخصوبة والأجنة البشرية البريطاني لسنة ٢٠٠٨
- قانون الإخصاب خارج الرحم السويدي رقم ١٩٨٨/٧١١
- القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٨ , بشان المسؤولية الطبية
- قرار اللجنة الشعبية العامة الليبية رقم ٥٥٦ لسنة ١٩٩١ بشان تنظيم هيئة التأمين الطبي

عاشراً : الأحكام القضائية

- قرارات محكمة التمييز الأردنية .
- قرارات محكمة النقض الفرنسية .

THE CIVIL LIABILITY OF DOCTORS RESULTING FROM ARTIFICIAL INSEMINATION

COMPARATIVE STUDY

BY

ISMAIL SULIEMAN ISMAIL ALKHRAISAT

SUPERVISOR

Dr. GAZI ABU OURABI, Prof

ABSTRACT

This study examined **THE CIVIL LIABILITY OF DOCTORS RESULTING FROM ARTIFICIAL INSEMINATION,** and the study was preceded by two introductory chapters.

Exposed in the introductory chapter of the legal nature of the in vitro fertilization has divided this chapter into two sections, where the first section that the reproductive industrial right or desire, through the two requirements, addressed in the first requirement is bearing industrial right through the position of the Constitution and the Jordanian law of marriage and childbearing as well as comparative law and indicated that the reproduction is just a license or freedom to her to satisfy his desire without incurring an obligation to do so, while the second requirement has been subjected to conditions of artificial insemination, and that you have by taking through

conferences, seminars jurisprudence and legislation dealing with artificial insemination and the position of comparative legislation of these conditions.

In the second section has examined the types of artificial insemination by two requirements, in which I addressing the IVF procedure in the first requirement which is between spouses or between a male and a female without marriage and stated the position of the Jordanian law and the comparative legislation of saluting the approval or prohibition . The second requirement was dealt with the external artificial insemination, which is a pollination between the female egg and sperm outside the uterus has been exposed to images of artificial insemination and the position of legislation of this image.

In the second chapter I dealt with the elements of the civil liability of doctor resulting from artificial insemination , and I have divided the chapter into three sections, I subjected to the medical error in the first section, discussed the subject under two requirements; the first one demonstrated the concept of fault in artificial insemination (tort), which is the essential foundation for the subject of the study and the responsibility, which depends on the basis of the damage and not the error. The medical error is in general the deviation of the doctor away from his behavior and the breach of his duty of taking care intensively. Next I moved to the position of the judiciary on the issue of the gradual medical error where it was decided that the doctor is being asked about all his mistakes towards his patient, if they are proved completely or not. And I discussed the criterion of the medical error and the different opinions about it, particularly, the average person which means the average doctor of the same specialty and the same specialty and the same scientific level of the mistaking physician. I also presented highlights of the medical error resulting from artificial insemination in the second requirement.

In the second chapter, I dealt with the medical damage, where I discussed the physical damage caused by the errors in the artificial insemination which are the physical damages and the resulting distortions of the fetus in a first demand. The second one addressed the moral damages (literary) of the disclosure of the medical secrets and also the wasting of the opportunity of husband and wives to become parents because of the doctor errors.

In the last section, I dealt with the causal relationship between the error and the damage through two demands. In the first one I dealt with the offending artificial insemination, which the Jordanian law takes, and then I discussed how to deny the causal relationship between the error and harm in the IVF.

The second chapter talks about the effects of liability of the artificial insemination through dealing with the topics. In the first one I dealt with the liability case of the artificial insemination which has divided into two requirements; the first one the parties of the proceedings in the case of liability in terms of the plaintiff and the defendant. The compensation of liability resulting from artificial insemination: the ways of compensation, how to assess compensation, and how to estimate it. The time of estimation of compensation has been discussed in the second requirement.

In the second section, I dealt with the agreements amended the provisions of the civil liability of the two requirements. First I discussed the conventions relating to the liability of the Streptococcus tort and the exceptions to modify it; while the second requirement was about the insurance of the medical responsibility and discussed the relations between the parties of the insurance contract from the medical point of view.

In the end I included conclusion which has the most important results and recommendations which I reached to through this study.